DIE ERFÜLLUNG DURCH DRITTE

NACH §§ 267 UND 268 BGB.

INAUGURAL-DISSERTATION

ZUR ERLANGUNG DER DOKTORWÜRDE BEI DER JURISTISCHEN FAKULTÄT DER UNIVERSITÄT LEIPZIG

EINGEREICHT VON

WALTHER LAUE

REFERENDAR AM KÖNIGL. AMTSGERICHT IN LEIPZIG

LEIPZIG

DRUCK VON OSKAR LEINER

1909

DIE ERFÜLLUNG DURCH DRITTE

NACH §§ 267 UND 268 BGB.

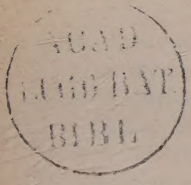
INAUGURAL-DISSERTATION

ZUR ERLANGUNG DER DOKTORWÜRDE BEI DER JURISTISCHEN FAKULTÄT DER UNIVERSITÄT LEIPZIG

EINGEREICHT VON

WALTHER LAUE

REFERENDAR AM KÖNIGL. AMTSGERICHT IN LEIPZIG



LEIPZIG

DRUCK VON OSKAR LEINER

1909

Inhaltsverzeichnis.

Seite

§ 1. Das Preußische Allgemeine Landrecht und das Sächsische bürgerliche Gesetzbuch im Gegensatz zum heutigen Recht 7

I. Teil.

Die allgemeinen Grundsätze der Erfüllung durch dritte (§ 267 BGB.).

§ 2. Über die Abgrenzung der Fälle, in denen ein dritter die Leistung eines Schuldners erbringen darf 10
§ 3. Der dritte 13
§ 4. Stellung des Gläubigers zum Schuldner und zum dritten 15
§ 5. Stellung des dritten zum Schuldner 17
§ 6. Wirkungen der Anbietungsbefugnis 19

II. Teil.

Die Leistungsberechtigung eines dritten (§ 268 BGB.).

I. Die Voraussetzungen der Leistungsberechtigung.
§ 7. A. Wann kann ein dritter dies Recht geltend machen? 23
§ 8. B. Welche Eigenschaften muß der dritte aufweisen, um das Recht des § 268 BGB. geltend machen zu können? 29
II. § 9. Die Befriedigung des Leistungsberechtigten 36
III. Die Wirkungen der Ausübung der Leistungsberechtigung.
A. Normale Wirkungen:
§ 10. 1. gegenüber dem die Zwangsvollstreckung betreibenden Gläubiger 39
§ 11. 2. gegenüber dem Schuldner. Übergang der Forderung . . . 42
B. Mängel:
§ 12. 1. Haftung für Existenz der Forderung und Solvenz des Schuldners 45
§ 13. 2. Der Übergang kann nicht zum Nachteile des Gläubigers geltend gemacht werden 46

III. Teil.

Das Verhältnis der §§ 267 und 268 zu einander.

Seite

§ 14. Das Eingriffsrecht des dritten 49
§ 15. Beschaffenheit der Forderung 51
§ 16. Der Zeitpunkt und die Zeitdauer der Ausübung der Rechte aus den §§ 267 und 268 53
§ 17. Einwirkung des Schuldners auf die Rechtslage 54
§ 18. Ausübung der beiden Rechtsinstitute 56
§ 19. Wirkungen der Anwendung der §§ 267 und 268 60
§ 20. Das Zweckmoment beider Paragraphen 62

Literatur.

Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten. Herausgegeben von Seuffert, München.

Biermann, Das Sachenrecht des bürgerlichen Gesetzbuchs. 2. Aufl. Berlin 1903.

— Widerspruch und Vormerkung nach deutschem Grundbuchrecht. Jena 1901.

Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts. 3. Aufl. Jena 1900.

Dernburg, Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens. 2. Bd. 1. Abt. Halle a. S. 1899.

Deutsche Juristenzeitung, begründet von Laband, Stenglein, Staub. Berlin.

Eger, Das Gesetz über die Enteignung vom 11. Juni 1874. Breslau 1902.

Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 3. u. 8. Aufl. Berlin 1898 u. 1903.

Enneccerus u. Lehmann, Das bürgerliche Recht. 1. Bd. 2. Aufl. Marburg 1901.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen. Herausgegeben von den Mitgliedern des Gerichtshofs und der Reichsanwaltschaft. Leipzig.

Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich. 1. Lesung. Berlin 1888.

— eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich. 2. Lesung. I. A. des Vorstandes des deutschen Anwaltvereins, dargestellt und nach den Protokollen erläutert von Justizrat Dr. Reatz. Berlin 1894.

Falkmann, Die Zwangsvollstreckung. Berlin 1908.

Fischer u. Henle, Bürgerliches Gesetzbuch. Handausgabe in Verbindung mit Ebert und Schneider, herausgegeben von Fischer und Henle, München 1902.

Gaupp-Stein, Die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich, erläutert von Stein. 8. u. 9. Aufl. Tübingen 1908.

Haidlen, Bürgerliches Gesetzbuch. Bd. 1. Stuttgart 1897.

Hedemann, Das Recht auf Rückgabe eines Schuldscheins in Iherings Jahrbüchern. 48. Bd. S. 63 f. Jena 1904.

Hellmann, Zur Literatur des bürgerlichen Gesetzbuchs, in Kritische Vierteljahrsschrift. Bd. 41. S. 203 f.

Hellwig, Verträge auf Leistung an dritte. Leipzig 1899.

Henle, Gesetz über die Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung vom 27. März 1897. München 1901.

Ihering, Mitwirkung für fremde Rechtsgeschäfte in Iherings Jahrbüchern. 2. Bd. S. 67 f. 1858.

Kretschmar, Die Erfüllung. Leipzig 1906.

Leske, Vergleichende Darstellung des BGB. und des Allgemeinen Preußischen Landrechts. Berlin 1900.

v. Liszt, Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 7. Aufl. Berlin 1896.

Matthiaß, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Berlin 1899.
Motive zum Entwurf eines BGB. für das deutsche Reich. Amtliche Ausgabe. Berlin und Leipzig 1888 u. 1896.
Neumann, Handausgabe des BGB. Berlin 1898.
Oertmann, Die Zahlung fremder Schulden im Archiv für die zivilistische Praxis. 82. Bd. S. 367 f. Freiburg i. B. u. Leipzig 1894.
— Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch. Herausgegeben von Biermann, v. Blume, Frommhold, Gareis, Niedner, Opet, Oertmann. Das Recht der Schuldverhältnisse. 1. u. 2. Aufl. Berlin 1899 u. 1906.
Planck, Bürgerliches Gesetzbuch in Verbindung mit Achilles, André, Greiff, Ritgen, Strecker, Strohal, Unzner. 2. Bd. 3. Aufl. Berlin 1907, 3. Bd. 3. Aufl. Berlin 1906.
— Lehrbuch des Zivilprozeßrechts. 2. Bd. München 1896.
Protokolle der Kommission für die erste Lesung des Entwurfs des bürgerlichen Gesetzbuchs. I. A. des Reichsjustizamts bearbeitet von Achilles, Gebhard, Spahn. Berlin 1897 bis 99.
Recht, Das — Rundschau für den deutschen Juristenstand. Hannover.
Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts. Herausgegeben von B. Mugdan und R. Falkmann. Leipzig.
Rehbein, Das BGB. mit Erläuterungen. 2. Bd. Berlin 1903.
Reichel, Regreß des Schuldintervenienten i. S. von § 267 BGB. im Recht. 1906. S. 1237.
— Die Vormerkung im deutschen bürgerlichen Gesetzbuch in Iherings Jahrbüchern. 46. Bd. S. 59 f. 1904.
Reinhard, Das Zwangsversteigerungsgesetz. Leipzig 1901.
Rosenberg, Der Verzug des Gläubigers in Iherings Jahrbüchern. 43. Bd. S. 141 f. Jena 1901.
Schollmeyer, Recht der Schuldverhältnisse im Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch, bearbeitet von Hölder, Schollmeyer, Fischer, Heymann, Schmidt, Habicht, Schultze. München 1900.
Seuffert, Kommentar zur Zivilprozeßordnung. 9. Aufl. München 1905.
Siber, Der Rechtszwang in Schuldverhältnissen. Leipzig 1903.
Siebenhaar in der Zeitschrift für Rechtspflege und Verwaltung. 29. Bd. S. 1 f. Leipzig 1867.
Stammler, Das Recht der Schuldverhältnisse in seinen allgemeinen Lehren. Berlin 1897.
Staudinger, Kommentar zum BGB. in Gemeinschaft mit Loewenfeld, Mayring, Kober, Engelmann, Heizfelder, Wagner. 2. Bd. München 1901.
Stolzenberg, Das Ablösungsrecht des § 268 BGB. Inauguraldissertation. Erlangen 1903.
Sydow-Busch, Zivilprozeßordnung und Gerichtsverfassungsgesetz: 10. Aufl. Berlin 1905.
Weißbart, Das Befriedigungsrecht dritter in der Zwangsvollstreckung nach § 268 BGB. Inauguraldissertation. Würzburg 1899.
Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts. 9. Aufl. Frankfurt a. M. 1906.
Wolff, Das Reichsgesetz über die Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung. 2. Aufl. Berlin 1901.

§ 1. Das Preußische Allgemeine Landrecht und das Sächsische bürgerliche Gesetzbuch im Gegensatz zum heutigen Recht.

Die §§ 267 und 268 des Bürgerlichen Gesetzbuches geben dritten Personen die Möglichkeit, Schuldverhältnisse zu tilgen, an deren Bestehen sie kein rechtliches Interesse oder nur deshalb ein solches haben, weil sie durch eine vom Gläubiger betriebene Zwangsvollstreckung in einen dem Schuldner gehörigen Gegenstand Gefahr laufen, ein ihnen an jenem Gegenstand zustehendes Recht zu verlieren. Die Anwendung der §§ 267, 268 hat das Erlöschen bestimmter obligatorischer Rechtsverhältnisse zur Folge. Da die durch das Gesetz geregelten verschiedenen Aufhebungsgründe einen besonderen Abschnitt des 2. Buches des BGB. bilden, drängt sich unwillkürlich die Frage auf, weshalb die §§ 267, 268, die doch auch schuldrechtliche Erlöschungsgründe enthalten, nicht in diesen Abschnitt aufgenommen sind, sondern in den ersten, der vom Inhalt der Schuldverhältnisse handelt — und dieses umso mehr, da sowohl das Preußische Allgemeine Landrecht, wie auch das Sächsische bürgerliche Gesetzbuch die Erfüllung durch dritte in den Abschnitt der Erlöschungsgründe von Obligationen stellt. Im 16. Titel des preußischen Landrechts, der „von den Arten, wie Rechte und Verbindlichkeiten aufhören" handelt, heißt es in den §§ 43 und 44:

„Wer die Schuld eines anderen mit oder ohne Auftrag bezahlt, befreit zwar denselben von seiner Verbindlichkeit;"

„So weit aber das Gezahlte nach den unten folgenden Vorschriften zurückgefordert werden kann, tritt auch die Verbindlichkeit des vorigen Schuldners wieder ein (§§ 72, 73)."

Ebenso steht der in Frage kommende § 690 des Sächsischen bürgerlichen Gesetzbuchs in dem Abschnitt: „Erfüllung der Forderungen."

Der Grund für die verschiedene Stellung dieser Paragraphen im System der genannten Gesetzbücher ergibt sich aus der Stellung

des dritten. Dieser ist nicht Schuldner[1]), er tritt nie in eine Obligation ein. Man kann infolgedessen den dritten in keinen Zusammenhang mit dem Schuldverhältnisse, das er erfüllen will, bringen § 267 handelt demnach nicht vom Inhalt der Obligation, sondern von deren Erlöschen; er müßte daher, wie im alten Recht, im Abschnitt über die Erfüllung stehen. Der Grund, weshalb er in den ersten Abschnitt aufgenommen worden ist, liegt wohl darin, daß er in einem Punkte die Lehre vem Obligationsinhalt streift.[2]) Aus der Natur der Schuldverhältnisse ergibt sich oft von selbst, daß die Leistung durch den Schuldner in Person zu erfolgen hat. Die Fälle in den Gegensatz zu bringen, wo ein dritter erfüllen darf, bezweckt § 267. Dies hob der erste Entwurf des BGB. besonders hervor durch § 226:

„Der Schuldner hat die Leistung nur dann in Person zu bewirken, wenn es auf seine Persönlichkeit ankommt."

Dieser Paragraph wurde im zweiten Entwurfe gestrichen, weil er gemäß § 227 des ersten Entwurfs (§ 224 des 2. E.) überflüssig war.

Aber nicht nur äußerlich durch die verschiedene Stellung der Paragraphen im System der Gesetzbücher, sondern auch inhaltlich bestehen zwischen heutigem und früherem Rechte mancherlei Verschiedenheiten. Nach preußischem Landrecht konnte ebenso wie heute ein beliebiger dritter mit oder ohne Auftrag des Schuldners dessen Verbindlichkeiten erfüllen, wenn nicht persönliche Leistungspflicht geboten war. Widersprachen nun Gläubiger und Schuldner, so konnte der dritte dem Gläubiger gemäß § 51 die Leistung nicht aufdrängen, womit gesagt sein sollte, daß der Gläubiger die Leistung nach erhobenem Widerspruch seitens des Schuldners ablehnen konnte.[3]) Dazu war der Gläubiger aber nicht verpflichtet, so daß selbst gegen den erklärten Willen des Schuldners dessen Verbindlichkeiten getilgt werden konnten. Im Gegensatz zum heutigen Recht war nicht erforderlich, daß die Befriedigung seitens eines dritten durch Leistung erfolgte, vielmehr waren auch andere Erlöschungsgründe, wie

---

[1]) Näheres §§ 3 u. 4. Vgl. auch Kretschmar (S. 127): „Daß der dritte nicht als Schuldner leistet, liegt auf der Hand. Er leistet weder als eventueller Schuldner, noch in dem Sinne, daß er durch die Leistung in die Obligation einträte, sonst bedeutete jede in eigenem Namen auf fremde Schuld hin bewirkte Leistung eine Schuldübernahme."

[2]) Vgl. auch Kretschmar, S. 128.

[3]) Vgl. Windscheids Pandekten, S. 425, Anm.

Hinterlegung, Aufrechnung, gegeben, so daß die Ausübung der Erfüllung durch dritte im Preußischen Allgemeinen Landrecht bedeutend weiter ausgestaltet war als im heutigen Recht.

Noch weiter ging sogar das BGB. für das Königreich Sachsen, dessen § 690 lautete:

„Ist eine Forderung auf eine Leistung des Verpflichteten in Person beschränkt, so muß dieser selbst erfüllen. In anderen Fällen kann die Erfüllung für den Verpflichteten, selbst ohne dessen Einwilligung, von einem anderen geschehen; und es ist der Berechtigte, die Erfüllung durch den anderen anzunehmen, verbunden."

Hieraus folgt, daß der Gläubiger die Leistung des dritten selbst gegen den Widerspruch des Schuldners, soweit dieser ihn nicht dem Gläubiger gegenüber ausdrücklich erklärt hatte, anzunehmen verpflichtet war. Siebenhaar[1]) spricht die Ansicht aus, daß, sofern der Gläubiger keine Nachteile durch die Erfüllung des dritten erleidet, ihm gleichgültig sein könnte, von wem er die Leistung empfange.

Nach heutigem Recht gilt die Erfüllung durch dritte nicht mehr so unbeschränkt. Erlöschen tritt gemäß § 267 BGB. nur ein, wenn der dritte die zu erbringende Leistung, so wie sie geschuldet wird, leistet, mit anderen Worten: nur durch Erfüllung im technischen Sinn oder mit Einwilligung des Gläubigers, Hingabe an Erfüllungsstatt.[2]) Andere Erlöschungsgründe sind nicht möglich.

Der wichtigste Unterschied hinsichtlich der Erfüllung durch dritte zwischen dem preußischen Landrecht und dem BGB. besteht darin, daß im früheren Recht der zahlende dritte das Recht erwarb, welches der Gläubiger gegenüber dem Schuldner hatte (I. 16 § 46), welche Bestimmung im heutigen Recht weggefallen ist.

Im sächsischen Recht erwarb der dritte diese Rechte nur, wenn er mit Einwilligung des Schuldners den Gläubiger befriedigt hatte und sich diese Rechte nach § 955 vom Gläubiger ausbedungen hatte.[3])

---

[1]) Zeitschrift für Rechtspflege und Verwaltung. N. F. 29. Bd., S. 8 f.

[2]) Windscheid, Pandekten II., S. 425, Anm.

[3]) Siebenhaar, Zeitschrift für Rechtspflege und Verwaltung. N. F. 29. Bd, S. 8 f.

Diesen allgemeinen Bestimmungen über Erfüllung durch dritte ist im BGB. neu hinzugefügt worden die sogenannte Leistungsberechtigung eines dritten, auch Ablösungsrecht genannt. Der erste und zweite Entwurf hatte den § 268 BGB. noch nicht vorgesehen, erst auf Grund eines Beschlusses des Justizausschusses des Bundesrats wurde er geschaffen.

I. Teil.

Die allgemeinen Grundsätze der Erfüllung durch dritte (§ 267 BGB.).

§ 2. Über die Abgrenzung der Fälle, in denen ein dritter die Leistung eines Schuldners erbringen darf.

Nach heutigem Recht ist die Erfüllung eines Schuldverhältnisses die Leistung an den Gläubiger, wobei die Person des Leistenden in den meisten Fällen nicht in Frage kommt. Der erste Entwurf glaubte daher für die persönliche Erfüllungspflicht in das Gesetzbuch einen besonderen Paragraphen[1]) einfügen zu müssen, den die zweite Kommission[2]) jedoch als überflüssig strich, da die persönliche Erfüllungspflicht sich notwendig aus der Natur des in Frage kommenden Schuldverhältnisses ergeben würde. Die weggefallene Bestimmung änderte also nichts an der Regel, daß jeder dritte die Leistung eines Schuldners bewirken konnte, wenn nicht persönliche Erfüllung durch den Schuldner geboten war.

Letzteres ist besonders in drei Fällen gegeben:

1. Aus der Natur des Schuldverhältnisses ergibt sich von selbst, daß die Leistung durch den Schuldner in Person zu erfolgen hat.[3])

2. Das Gesetz gibt praesumptiones iuris, wenn über die persönliche Erfüllungspflicht nichts vereinbart ist.

3. Der Schuldner widerspricht der Leistung des dritten, wodurch jedoch nur dem Gläubiger ein Recht gewährt wird, die Annahme der Leistung zu verweigern.

---

[1]) Vgl. Motive II zu § 226, S. 32. 1896.

[2]) Vgl. Protokolle I zu § 226, S. 305. Amtl. Ausgabe. 1897.

[3]) Vgl. den Text des § 267 BGB.: „Hat der Schuldner nicht in Person zu leisten, so kann auch ein dritter die Leistung bewirken.

1. Obligationen entstehen meist durch Verträge, deren Inhalt die verschiedensten Variationen aufweisen kann. So kann bei jeder Obligation der Gläubiger persönliche Erfüllung verlangen, der Schuldner sich zu solcher verpflichten. In derartige Schuldverhältnisse können dritte nie eingreifen, ihnen steht das Recht des Gläubigers entgegen, persönliche Tilgung der Schuld durch den Schuldner zu verlangen. Kann aber, wenn bei dem Vertragsabschluß nichts derartiges vereinbart worden ist, in jedem Falle ein dritter die Leistung erbringen? Das bürgerliche Gesetzbuch kennt nur den allgemeinen Satz: „Hat der Schuldner nicht in Person zu leisten . . .“ Es sagt also nicht positiv, wann der Schuldner persönlich zu leisten verpflichtet ist, wie § 226 des ersten Entwurfs des BGB , wohl aber ist negativ durch diesen Satz bestimmt, daß es Fälle geben muß, in denen der Gläubiger Leistungen dritter zurückweisen darf, ohne Rechtsnachteile zu erleiden. Dies trifft dann zu, sobald sich aus der Natur des zu erbringenden Schuldverhältnisses die persönliche Leistungspflicht ergibt: wenn also dem Gläubiger nicht zugemutet werden kann, die Leistung eines dritten anzunehmen. In diesem Falle wird man ihm das Recht zusprechen müssen, die vom dritten angebotene Leistung zurückzuweisen. Persönliche Leistungen können des öfteren bei Werkverträgen gefordert werden, wenn es sich z. B. um die Verpflichtung zum Malen eines Porträts handelt. Oertmann[1]) bringt dafür folgendes drastische Beispiel: „Das Porträt, das mir Lenbach zu malen hat, kann gewiß nicht an seiner Stelle mit befreiender Kraft jedweder Simon Klecks herstellen.“

Das gleiche gilt, wenn z. B. das Erbauen eines Hauses, die Behandlung eines Kranken, die Anfertigung einer wissenschaftlichen Arbeit versprochen ist. Aber auch dann, wenn kein persönliches Interesse, sondern nur die Sicherheit des Gläubigers in Frage steht, wird man dem Gläubiger das Recht zusprechen müssen, die Leistung zurückweisen zu dürfen. Ihm kann wegen drohender Nachteile nicht angesonnen werden, die ihm angebotene Leistung, die nicht Geldleistung ist, von seiten eines dritten anzunehmen, wenn ihn schwerwiegende Gründe glauben machen, daß der die Leistung erbringende dritte die angebotene Sache gestohlen hat.

---

[1]) Archiv für zivilist. Praxis. Bd. 82, S. 383.

Einen rein persönlichen Charakter hat ferner die Geldstrafe[1]), die vom Verurteilten in Person zu erbringen ist. Der Staat ist nicht berechtigt, geschweige gar verpflichtet, die Geldstrafe von einem dritten anzunehmen, letzterer würde sich dann der Begünstigung und der Staat der Beihülfe dazu schuldig machen.[2]) Der pönale Charakter der Geldstrafe würde auf diese Weise vollständig verloren gehen. Die Übersendung der Strafsumme durch einen Gehülfen, z. B. durch die Post, ist jederzeit statthaft, nur muß der Absender der Bestrafte sein.[3])

Verhindern läßt sich schlechterdings nicht, daß dritte dem Verurteilten das Geld zur Entrichtung der Strafe z. B. aus einer Parteikasse, oder um Haft von ihm abzuwenden, übergeben.

2. Das bürgerliche Gesetzbuch hat von dem allgemeinen Prinzip der Leistung durch dritte verschiedene Ausnahmen gesetzlich geregelt. So ordnet es in § 613 an, daß der zur Dienstleistung Verpflichtete im Zweifel in Person zu leisten habe. Es soll in all den gesetzlich geregelten Fällen der persönliche Charakter der geschuldeten Leistungen zum Ausdruck gebracht werden. Auch der Beauftragte ist nicht berechtigt, den übernommenen Auftrag einem anderen zu übertragen[4]), der Verwahrer nicht in der Lage, die hinterlegte Sache bei einem dritten zu hinterlegen.[5]) Doch darf wohl in beiden Fällen angenommen werden, daß der Beauftragte einen anderen beauftragen, der Verwahrer die Sache einem dritten zur Hinterlegung anvertrauen darf, wenn sie ihren Pflichten nicht nachkommen können und im Interesse des anderen wegen Untunlichkeit der Rückgabe oder Kündigung des Auftrags handeln müssen, und zwar mit der Wirkung, daß sie von der übernommenen Verpflichtung befreit werden, ohne ein anderes Verschulden als culpa in eligendo vertreten zu müssen.[6]) Eine plötzliche Krankheit macht die Überführung einer Person in ein Krankenhaus nötig, der Beauftragte hat keine Zeit, vorher dem Auftraggeber zu kündigen, ohne daß der Auftrag unausführbar würde. Hier muß der Beauftragte in der Lage sein, einem dritten die Ausführung

---

[1]) Vgl. bes. auch die Ausführungen auf S. 29 f.
[2]) StGB. § 257.
[3]) Vgl. Dernburg, bürgerl. Recht II, 1. S. 198, 199.
[4]) BGB. § 664.
[5]) BGB. § 691.
[6]) Vgl. aber BGB. §§ 665 u. 666.

zu übergeben. Weitere gesetzlich geregelte Fälle, in denen nur der Schuldner im Zweifel erfüllungsberechtigt ist, betreffen den Vorstand einer juristischen Person[1]), den geschäftsführenden Gesellschafter[2]), den Testamentsvollstrecker.[3])

3. Eine in der Hand des Gläubigers liegende Möglichkeit, die Leistung eines dritten abzuweisen, um schließlich vom Schuldner Befriedigung zu erlangen, ist gegeben, wenn der Schuldner Widerspruch erhebt. Wichtig ist, daß es in diesem Fall ganz allein vom Gläubiger abhängt, ob er die Leistung zurückweist oder nicht. Selbst gegen den Widerspruch des Schudners kann der Gläubiger die Leistung mit befreiender Wirkung für den Schuldner annehmen, denn § 267 Abs. 2 BGB. lautet:

„Der Gläubiger kann (!) die Leistung ablehnen, wenn der Schuldner widerspricht."

§ 3. Der dritte.

Erfüllung durch dritte liegt nicht vor, wenn in Wirklichkeit nicht ein dritter, sondern der Schuldner in persona die Leistung bewirkt, was zur Folge hat, daß § 267 BGB. nicht in Anwendung kommen kann. Wer ist nun „dritter"?

1. Zunächst scheiden die Personen aus, die im Namen des Schuldners erfüllen, so vor allem der die Leistung überbringende Bote,[4]) der die Obligation nicht einmal zu kennen braucht; er ist nur unselbständiges Mittel. Anders der Stellvertreter, er tritt selbständig auf, ist also kein bloßes Mittel, sein Wille ist maßgebend[5]). Ungeachtet dessen ist auch er kein dritter im Sinne des § 267 BGB., da er in fremdem Namen handelt, und zwar in dem Sinne, daß seine Willenserklärungen und Handlungen unmittelbar für und gegen den Vertretenen wirken.

2. Eine weitere Gruppe „Nichtdritter" bilden die Personen, die zwar in eigenem Namen handeln, dabei aber eigene Schulden zahlen, obwohl sie fremde zu begleichen scheinen. In diese Kategorie gehören der Gesamtschuldner, der — im Verhältnis zu seinen Mitschuldnern nur einen Teil der Gesamtschuld tragend

---

[1]) BGB. § 27 Abs. 3.
[2]) BGB. § 713.
[3]) BGB. § 2218.
[4]) Oertmann, Archiv für zivilist. Praxis. Bd. 82, S. 368.
[5]) Dies folgt aus § 166 BGB., wonach bei Irrtum die Person des Vertreters in Betracht kommt. S. auch Abs. 2 dess. §.

— die ganze Schuld tilgt. Kraft seiner Verpflichtung als Gesamtschuldner zahlt er nicht fremde Schuld, sondern die eigene. Sein Regreß folgt aus den Regeln über Gesamtschuldverhältnisse.[1]) Zahlt der Bürge die Schuldsumme, so tilgt er seine eigene durch das Bürgschaftsversprechen gegebene Schuld. Daß er damit zugleich eine fremde Schuld tilgt, ist im allgemeinen gleichgültig. Kann die Leistung nur durch den bestimmten Schuldner erfolgen, so ist weder Gesamtschuld noch Bürgschaft möglich.[2])

3. Endlich kommt bei der Schuldentilgung durch andere noch der animus des Intervenienten in Betracht. Tilgt dieser die Schuld des Schuldners, um die Forderung zu erwerben, so ist auch er kein dritter, denn er will in die Stellung des Gläubigers treten, ohne daß das Schuldverhältnis erlöschen soll. In solchem Falle liegt ein Kauf der Forderung vor. Gegen Zahlung des Kaufpreises zediert der Gläubiger dem dritten die Forderung. Will jemand wirklicher dritter sein, so muß er, wie sich aus obigem zwingend ergibt, den animus solvendi, der auf Vernichtung des Schuldverhältnisses geht, haben; sonst kann nicht § 267 BGB. in Anwendung kommen. Dies ist deshalb besonders wichtig, weil der Schuldner, wenn der dritte die Forderung sich vom Gläubiger gegen einen Kaufpreis zedieren läßt, kein Widerspruchsrecht hat, wohl aber im Fall des § 267 BGB.

Dritter ist jeder andere als der Gläubiger und der Schuldner.

Ein Beispiel möge beweisen, daß „nur" die vorstehenden Erfordernisse vorhanden sein müssen, damit ein in ein Schuldverhältnis Eingreifender die Eigenschaft eines dritten besitzt: Ein Kommissionär schließt das Ausrichtungsgeschäft mit dem Schuldner selbständig ab, und zwar so, daß die Wirkungen für ihn, nicht für den Kommittenten, in dessen Interesse gehandelt wird, eintreten, es sei denn, daß der Kommissionär dem Kommittenten die Ansprüche bereits abgetreten hätte. Demnach besteht zwischen Kommittent und Schuldner zunächst gar kein Rechtsverhältnis trotz des Interesses auf seiten des Kommittenten, auf dessen Rechnung das Ausrichtungsgeschäft vom Kommissionär vorgenommen wird. Der Schuldner ist infolgedessen so lange dritter, als der Kommissionär dem Kommittenten nicht die

---

[1]) Vgl. § 5.

[2]) Ebenso Oertmann: Archiv für zivilist. Praxis. 82. Bd., S. 376 f.

Ansprüche gegen den Schuldner abgetreten hat. Erfüllt der Schuldner daher an den Kommittenten direkt, so leistet er als dritter und bringt dadurch das Forderungsrecht des Kommittenten gegen den Kommissionär zum Erlöschen. Obwohl die Rechtsfolgen des Ausrichtungsgeschäfts tatsächlich für und gegen den Kommittenten eintreten sollen, denn hierin besteht der Inhalt jedes Kommissionsvertrags, so liegt dennoch ein echter Fall der Erfüllung durch dritte vor.

§ 4. Stellung des Gläubigers zum Schuldner und zum dritten.

Die im gemeinen Recht strittige Frage: „Muß der Gläubiger die Zahlung eines dritten annehmen?“ ist im heutigen Recht durch § 267 BGB. entschieden. Schon das preußische Landrecht, das sächsische bürgerliche Gesetzbuch[1]) und der code civil[2]) hatten die Erfüllung durch dritte anerkannt, so daß der Gläubiger verpflichtet war, die von einem dritten angebotene Leistung anzunehmen, wodurch das Forderungsrecht gegen den Schuldner erlosch. Die Befriedigung des Gläubigers durch den dritten kann der Schuldner nicht hindern, er steht dem Konsens beider machtlos gegenüber, gegen seinen Willen muß er die Leistung des dritten dulden. So kann es geschehen, daß der Schuldner sich Wohltaten aufdrängen lassen muß. Zahlt z. B. der dritte die Schuld animo donandi, so kann der Gläubiger die Schuld trotz Widerspruchs des Schuldners annehmen mit befreiender Wirkung für den widersprechenden Schuldner. Interessante Komplikationen ergeben sich, wenn außer dem dritten der Schuldner nochmals an den Gläubiger leistet. Ist der Gläubiger verpflichtet, die Leistung des Schuldners nach dessen Widerspruch anzunehmen, nachdem er bereits durch einen dritten befriedigt worden ist? Auf wessen Kosten ist bei Verneinung dieser Frage der Gläubiger bereichert, wenn er die Erfüllung des Schuldners annimmt?

Nach geltendem Recht kann, von Ausnahmen abgesehen, sowohl der Schuldner, als auch ein „dritter“ die Leistung erbringen. Dritter ist aber nur derjenige, der animo solvendi leistet[3]); das Schuldverhältnis erlischt durch Leistung des Schuld-

---

[1]) Siehe § 1.
[2]) Art. 1236.
[3]) Siehe auch § 6.

ners wie des dritten. Die Gründe, die den dritten zur Leistung bewegen, hat der Gläubiger keiner Kritik zu unterziehen, ihn interessiert nur die Befriedigung. Daraus folgt, daß der Gläubiger nicht mehr durch den Schuldner in Verzug gesetzt werden kann, seine Verbindlichkeit ist durch den dritten bereits eingelöst. Der Gläubiger darf also nicht die Leistung vom Schuldner annehmen; geschieht dies trotzdem, so wird der Gläubiger auf Kosten des Schuldners, nicht des dritten, bereichert. Zwischen Gläubiger und Schuldner existieren nach der Erfüllung durch den dritten keine schuldrechtlichen Beziehungen mehr. Dies beweist aber zugleich, daß der Leistungsakt des dritten an den Gläubiger vollständig unabhängig vom Willen des Schuldners vorgenommen werden kann. Es ist demnach einem dritten gesetzlich gestattet, in das Rechtsleben dritter Personen einzugreifen, ohne daß diesen die Möglichkeit gegeben wäre, solchem Eingriff zu wehren, es sei denn, daß kraft der dispositiven Vorschrift des § 267 BGB. persönliche Erfüllung vereinbart worden oder der Vorschrift des § 267 Abs. 2 genügt wäre. Ist aber ein Darlehn unter der Bedingung genommen, daß der Schuldner jederzeit zurückzahlen darf, spätestens aber nach zwei Jahren, so muß der Schuldner, wenn er nicht persönliche Erfüllung vereinbart hat, jeden Augenblick befürchten, ein ihm unangenehmer dritter erfüllt seine Schuld.

Der bisherigen Ausführung war ein bestimmtes Schuldverhältnis zugrunde gelegt. Es bedarf daher jetzt noch der Erörterung, für welche Schuld und für welchen Schuldner der dritte eintreten will. Erforderlich ist, daß bei der durch den dritten angebotenen Leistung der Schuldner und das zu tilgende Schuldverhältnis genannt ist; mindestens muß dies der Gläubiger aus den Umständen erblicken können. Damit ist aber nicht gesagt, daß die Leistung im Namen des Schuldners erfolgt. Dieser Ansicht Iherings[1]) tritt Oertmann[2]) entgegen:

„Wie soll der Schenker, der offerierende Pfandgläubiger im Namen des Schuldners handeln, der ihn, wie der Gläubiger meist aus der ganzen Sachlage entnehmen kann, gar nicht legitimiert hat? Es wäre eine hohle Komödie, in solchen Fällen ein jedes vernünftigen Sinnes bares Handeln in fremdem Namen zu fordern."

[1]) Jahrbücher. 2. Bd., S. 94 f.
[2]) Archiv für zivilist. Praxis. 82. Bd., S. 371 f. u. S. 426.

§ 5. Stellung des dritten zum Schuldner.

Wie jedes Handeln eines Menschen in seiner Natur begründet ist, so hat auch der handelnde dritte Gründe für sein Eingreifen in ein ihn nicht berührendes Schuldverhältnis. In den meisten Fällen richtet sich sein etwaiger Regreß gegen den Schuldner nach den Erwägungen, die ihn zum Eingreifen veranlaßt haben. Dieses Innenverhältnis zwischen Schuldner und dritten durch eine Bestimmung zu regeln, ist im Allgemeinen Preußischen Landrecht[1]) versucht worden, jedoch ohne zu befriedigen. Aus diesem Grunde hat das BGB. keine allgemeine Regel aufgestellt, vielmehr können nur die einzelnen in Frage kommenden Rechtsverhältnisse zwischen Schuldner und drittem diese Frage lösen.

Der Regreß des Schuldintervenienten im Sinne des § 267 BGB. kann nur auf dem Innenverhältnis zwischen Schuldner und drittem beruhen. Dieses ist für die Ansprüche, die aus der Befriedigung durch den dritten entstehen, allein maßgebend, je nachdem der Intervenient

1. im Auftrag des Schuldners oder
2. ohne Auftrag desselben oder
3. gegen dessen erhobenen Widerspruch gehandelt hat.

1. Hat der Schuldner den dritten gebeten, seine Schuld zu zahlen, so hat dieser im Auftrag des Schuldners[2]) die bestehende Schuld gelöscht. Als Beauftragter kann er dann die zur Ausführung des Auftrags erforderlichen Aufwendungen ersetzt verlangen.[3]) Der dritte ist also kraft der actio mandati contraria regreßberechtigt. Ebenso liegt der Fall, wenn der Schuldner das Vorgehen des dritten genehmigt hat; auch der Gesellschafter oder der Vormund kann nach den Regeln der Gesellschaft oder Vormundschaft Regreß verlangen. Der Regreß gegen den unmündigen Schuldner, der einem dritten Auftrag erteilt hat, seinen Gläubiger zu befriedigen, bedarf aber der Beachtung der allgemeinen Grundsätze über die Handlungsfähigkeit beschränkt Geschäftsfähiger[4].) Daraus ergibt sich, daß die Person des Schuldners nicht voll handlungsfähig sein muß, um ihn von seiner Verbindlichkeit zu befreien, ja selbst der Handlungsun-

---

[1]) 1. Teil. 16. Tit. § 46.
[2]) Vgl. § 3.
[3]) BGB. § 670.
[4]) BGB. §§ 104 ff.

fähige wird seiner Schuld ledig, wenn ein dritter für ihn erfüllt: Ein Vater zahlt die Schulden seines in Geisteskrankheit gefallenen Sohnes mit befreiender Kraft für diesen in eigenem Namen. Inwieweit ein dritter, der ohne die Geschäftsunfähigkeit des Auftraggebers zu kennen, dessen Verbindlichkeiten erfüllt, dem Gläubiger gegenüber anfechtungsberechtigt ist, muß nach den Grundsätzen über die Anfechtung[1]) beurteilt werden.

2. Die Erfüllung durch den dritten, der nicht ein derartiges Rechtsgeschäft mit dem Schuldner abgeschlossen hat, gibt dem Intervenienten Regreß nach den Regeln der Geschäftsführung ohne Auftrag, falls deren Voraussetzungen erfüllt sind, auf Grund des § 683 BGB.

„Entspricht die Übernahme dem Interesse und dem wirklichen oder mutmaßlichen Willen des Geschäftsherrn, so kann der Geschäftsführer wie ein Beauftragter Ersatz seiner Aufwendungen verlangen."

Der Geschäftsherr muß demnach zunächst an der vom Geschäftsführer vorgenommenen Handlung ein Interesse haben, d. h. die Geschäftsführung muß für ihn von Vorteil sein. Ob dies der Fall ist, entscheidet nicht allein die objektive Anschauung des Verkehrs, sondern vor allem sind die persönlichen Verhältnisse des Geschäftsherrn zu beachten.[2]) Neben dem Interesse muß der dritte aber noch nach dem wirklichen oder mutmaßlichen Willen des dominus negotii gehandelt haben. Dessen Willen wird er aus dem Umstand folgern können, daß das, was dem Interesse jemandes dient, auch seinem Willen entspricht, vorausgesetzt, daß der Geschäftsführer den wirklichen Willen jenes nicht kennt. Planck[3]) sagt sehr zutreffend:

„Die Tatsache, daß der wirkliche Geschäftswille entgegensteht, genügt, um den Anspruch des Geschäftsführers aus § 683 BGB. auszuschließen."

Sind also beide Erfordernisse erfüllt, dann erlangt der dritte gegen den Schuldner, für den er erfüllt hat, den Regreßanspruch aus § 683 BGB. Im gegenteiligen Falle wird man dem dritten einen Bereicherungsanspruch zubilligen müssen, da der Schuldner ohne rechtlichen Grund auf Kosten des dritten Vorteile erlangt. Ungerechtfertigte Bereicherung liegt jedoch nicht vor, wenn ein

[1]) BGB. §§ 119 ff.
[2]) Vgl. Planck, Komm. zu § 683.
[3]) Komm. zu § 683.

dritter dem Schuldner durch seine Leistung ein Geschenk machen wollte. Hier ist die causa der animus donandi, der jedoch nicht in jeder derartigen Übernahme erblickt werden darf. Sehr bemerkenswert heißt es in Seufferts Archiv[1]):

„Wenn jemand für einen anderen eine Schuld zahlt, so wird dieser dadurch liberiert, aber der Zahlende erwirbt gegen ihn eine Regreßforderung, wofern nicht ausnahmsweise die Zahlung gegen sein Interesse oder animo donandi erfolgt war, was aber selbst bei Verwandtschaft unter den Parteien bis zum erbrachten Beweis nicht anzunehmen ist."

Ist aber Schenkung beabsichtigt, dann greift der Regreß natürlich nicht Platz.

3. Erfüllt ein dritter gegen den erklärten Willen des Schuldners dessen Verbindlichkeit, so wird der dritte meist den animus donandi haben. Trotz der aufgezwungenen Wohltat hat der dritte noch ein Recht gegen den Schuldner. Jener kann nach § 516 Abs. 2 BGB. den Schuldner unter Bestimmung einer angemessenen Frist zu der Erklärung auffordern, ob er jetzt noch Widerspruch gegen seine damalige Schenkung erheben wolle. Erklärt der Schuldner, die damalige Schenkung nicht annehmen zu wollen, so steht dem dritten ein Bereicherungsanspruch[2]) gegen jenen zu.

Bei einer nochmaligen Zahlung seitens eines Intervenienten wird ihm ein Regreß auf Herausgabe der Bereicherung schwerlich versagt werden können, schon nach dem altrömischen Satze: causa data, causa non secuta, wenn nicht gar eine Geschäftsführung ohne Auftrag vorliegt, so daß der Schuldner danach regreßverpflichtet wird.

§ 6. Wirkungen der Anbietungsbefugnis.

Die Folgeerscheinungen, die das Anbieten der Leistung seitens eines dritten hervorrufen, sind verschiedene, je nachdem der Gläubiger diese

1. annimmt oder
2. ablehnt.

1. Die Annahme der Leistung von einem dritten bewirkt das Erlöschen des zwischen Gläubiger und Schuldner bestehenden Schuldverhältnisses.[3])

---

[1]) Bd. 24, Nr. 16. 1870.
[2]) Vgl. S. 56.
[3]) S. 14.

Die Zahlung der fremden Schuld bewirkt deren Erlöschen, jedoch nur, wenn die Leistung, wie § 267 BGB. ausdrücklich sagt, „bewirkt ist". Daraus geht aber hervor, daß ein Erfüllungssurrogat, wie z. B. Aufrechnung oder Hinterlegung nicht möglich ist, es sei denn, daß der Gläubiger zustimmt.[1])

Die im gemeinen Recht strittige Frage, ob die Erfüllung durch dritte Erlöschen des in Frage kommenden Schuldverhältnisses oder nur eine Einrede des Schuldners begründe, ist nach heutigem Recht im Sinne der vernichtenden Wirkung der Obligation zu beantworten.[2]) Dies wird sofort praktisch, sobald ein Gläubiger vom Schuldner Tilgung der bereits von einem dritten bezahlten Schuld verlangt. Würde nur eine Einrede im Sinne des BGB. gegeben sein, so müßte der Schuldner diese geltend machen, so aber ist sie zu berücksichtigen, sobald sich herausgestellt hat, daß die Schuld bereits gezahlt war.

Die Tilgung einer Obligation erzeugt mancherlei Ansprüche, z. B. die Ausstellung einer Quittung, Rückgabe des Schuldscheins u. dergl. m. Das Gesetz schweigt darüber, ob dem erfüllenden dritten dieselben Rechte wie dem erfüllt habenden Schuldner zustehen. Auf Grund des § 368 S. 1 BGB. hat der Gläubiger gegen Empfang der Leistung eine Quittung auszustellen; wem diese auszustellen ist, sagt das Gesetz nicht. Allerdings heißt es im zweiten Satz des gedachten Paragraphen:

„Hat der S c h u l d n e r ein rechtliches Interesse, daß die Quittung in anderer Form erteilt wird, so kann er die Erteilung in dieser Form verlangen."

Daraus darf nicht gefolgert werden, daß im ersten Fall jeder Erfüllende, im zweiten dagegen nur der Schuldner eine Quittung verlangen darf. Aus Billigkeitsgründen muß Satz 2 des § 368 BGB. extensiv ausgelegt werden, so daß auch dem zahlenden dritten der Anspruch auf Ausstellung einer Quittung zusteht, sofern er nur ein rechtliches Interesse am Ausstellen der Quittung hat. Neben dem zahlenden dritten kann aber auch der Schuldner eine Quittung verlangen, da s e i n Schuldverhältnis erloschen ist.

Ein schwerwiegendes Argument für die Richtigkeit unserer Ausführung gibt der Gesetzestext des § 371 BGB.:

---

[1]) O e r t m a n n , Archiv f. zivilist. Praxis. 82. Bd. S. 429 f.
[2]) a. A. I h e r i n g , Jahrbücher. 2. Bd., S. 94.

„Ist über die Forderung ein Schuldschein ausgestellt worden, so kann der Schuldner neben der Quittung Rückgabe des Schuldscheins verlangen."

Der Schuldner kann Quittung und Schuldschein verlangen, anders der dritte, er hat nur einen Anspruch auf Ausstellung einer Quittung. Anderer Ansicht ist zwar Hedemann[1]), der aber Oertmann[2]) entgegentritt. Der Schuldschein ist ein Beweismittel der Schuld des Schuldners, nennt infolgedessen den Schuldner wie dessen Schuld, ist also ein Schriftstück, das ein persönliches Verhältnis kennzeichnet. Daß der Schuldner diesen seinen Schein vernichtet sehen will, ist erklärlich, deshalb gibt auch § 371 BGB. ihm das Recht der Zurückverlangung der von ihm ausgestellten Schuldurkunde. Der dritte hat an dieser aber nicht das geringste Interesse. Zwar beweist sie das Bestehen einer Schuld, so daß durch Begebung Mißbrauch möglich ist, er wird aber dadurch vermieden, daß durch die Erfüllung seitens des dritten der Schuldner das Recht auf Rückforderung seines von ihm ausgestellten Schuldscheins hat. Der dritte ist durch die ihm auszuhändigende Quittung genügend geschützt. Daraus folgt, daß der Schuldintervenient keinen Anspruch auf Herausgabe des Schuldscheins hat.

Eine interessante Entscheidung hierzu findet sich in Seufferts Archiv:[3])

„Jemand hatte eine fremde Wechselschuld ohne Auftrag bezahlt und forderte vom Gläubiger Herausgabe des Wechsels. Dieser weigerte sich, weil er dem Kläger gegenüber nicht dazu verpflichtet sei, vielmehr nur dem liberierten Wechselschuldner, über den Verbleib der Urkunde Rechenschaft zu geben. Die Klage ward abgewiesen, weil die Voraussetzungen der Ehrenzahlung, die hier noch in Betracht kommt — nämlich vorausgegangene Präsentation des Wechsels — nicht vorlägen und nur dem Ehrenzahler nach Art. 63 der Wechselordnung der geltend gemachte Anspruch zustehe. Die Klage könne sich also nicht auf wechselrechtliche Grundsätze, sondern nur auf negotiorum gestio stützen. Diese reiche aber zur Begründung nicht aus, weil der befreite Schuldner die Urkunde kondizieren könne und sich der Gläubiger folgeweise durch Herausgabe des Wechsels

---

[1]) Iherings Jahrb. 48. Bd., S. 78.
[2]) Komm. zu § 371.
[3]) Bd. 28. Nr. 155. OAG. Rostock, 14. Jul. 1873.

an den zur Empfangnahme nicht legitimierten Kläger gefährden würde. Freilich entgeht dem Gerichtshof ein gewichtiges Bedenken nicht: der Gläubiger kann den Wechsel inzwischen durch Weitergeben mißbrauchen. Das beweist aber, daß dem aus dem Wechsel Verpflichteten nach seiner Befreiung ein Anspruch auf Rückgabe gewährt werden muß "

Wie der Schuldschein, so können auch etwa gegebene Pfänder vom Intervenienten nicht gefordert werden, denn das würde ein Eingriff in das Recht des Schuldners sein, da dieser nach getilgter Schuld, auch durch einen dritten, Herausgabe der Pfänder vom Gläubiger verlangen darf. Dieser würde sogar, wenn er dem zahlenden dritten die Pfänder herausgegeben hätte, für sein Verschulden dem Schuldner haften.

Die Wirkungen, die sich aus der Erfüllung durch dritte ergeben, sind, wie eben bewiesen, andere als bei Erfüllung durch den Schuldner selbst. Aus diesem Grunde ist auch die Erfüllung durch dritte nicht der Erfüllung durch den Schuldner gleichzustellen. Kretschmar[1]) sagt mit Recht:

„Die Drittleistung ist also nicht wahre Erfüllung. Sie steht vielmehr als besondere Tilgungsart mit Befriedigungscharakter n e b e n der Erfüllung."

2. Die Wirkungen, die bei Nichtannahme der Leistung zugunsten des Schuldners eintreten, richten sich nach den allgemeinen Vorschriften des Verzugs. In Verzug setzen kann auch der dritte, da § 293 BGB. nicht Realangebot des S c h u l d n e r s verlangt.[2]) Näheres gehört in die Lehre vom Verzug. Erwähnt sei nur der Fall, daß ein dritter eine nicht bestehende Schuld zahlt. Dann hat er gegen den Gläubiger einen Bereicherungsanspruch, denn auf seine Kosten ist der Gläubiger sine causa iusta bereichert. Umgekehrt verhält es sich, wenn der dritte irrtümlich seine Schuld zu zahlen glaubt, in Wirklichkeit aber eine fremde tilgt.

---

[1]) S. 130.

[2]) Vgl. Schollmeyer, Komm. zu § 293. S. 137.

II. Teil.

Die Leistungsberechtigung eines dritten (§ 268 BGB.).

I. Die Voraussetzungen der Leistungsberechtigung.

§ 7. Wann kann ein dritter dies Recht geltend machen?

Die Anwendung dieses Paragraphen erfordert das Betreiben der Zwangsvollstreckung seitens eines persönlichen Gläubigers, d. i. eines solchen, der kraft Obligationsrechts seine Forderung geltend macht, nicht etwa aus dinglichem Grunde wie ein Hypothekar. Schon die Stellung des § 268 BGB. im Recht der Schuldverhältnisse spricht dafür; zwingenden Beweis aber erbringt die Gegenüberstellung des § 268 BGB. mit den §§ 1150 und 1249 BGB., da die Anwendung dieser Paragraphen den § 268 BGB. ausschließen muß, denn dieser würde die Fälle, in denen dinglich Berechtigte die Zwangsvollstreckung betreiben, mit umfassen, so daß die §§ 1150 und 1249 überflüssig wären. Dem Willen des Gesetzgebers kann demnach nur entsprechen, daß die Anwendung der §§ 1150 und 1249 den allgemeinen § 268 ausschließt, mit anderen Worten: § 268 setzt einen persönlichen Gläubiger voraus, der wegen einer ihm gegen den Schuldner zustehenden Forderung Zwangsvollstreckung betreibt.[1])

Infolge der verschiedenen Forderungsrechte bedarf es der nähern Untersuchung, wie die Forderung des Gläubigers beschaffen sein muß, derenthalben er die Zwangsvollstreckung betreibt. Ist der Gläubiger berechtigt, vom Schuldner ein Tun oder Unterlassen zu verlangen, so kann nie ein Ablösungsrecht gegeben sein, denn die Zwangsvollstreckung zur Erwirkung dieses Tuns oder Unterlassens kann nie das Recht eines dritten an einem Gegenstande gefährden, da die zur Beugung des Willens des Schuldners angewandten Mittel nur Geld oder Haft sind. Betreibt ein Gläubiger wegen Herausgabe einer Sache

[1]) Vgl. Oertmann, Komm. zu § 268, S. 67, Schollmeyer, Komm. zu § 268, S. 75, Stolzenberg, S. 9 und Weißbart § 3.

die Zwangsvollstreckung, so ist ein dem diese betreibenden Gläubiger vorgehendes Recht eines dritten an der Sache nie begründet, § 268 also nicht gegeben; denn sonst würde ein Herausgabeanspruch nicht bestehen. Daher bleibt die Anwendung des § 268 nur bei Zwangsvollstreckung wegen Geldforderung[1]) übrig.

Die Zwangsvollstreckung erfolgt in das bewegliche Vermögen durch Pfändung[2]), in das unbewegliche durch Eintragung einer Sicherungshypothek, Zwangsversteigerung, Zwangsverwaltung.[3]) Das Verfahren der Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen regelt zu einem Teile die Zivilprozeßordnung, zum anderen das Zwangsversteigerungsgesetz von 1897. Die Zwangsvollstreckung dient, wie Gaupp-Stein[4]) sagt, auch zur Sicherung von Ansprüchen. Damit ist aber eine auch von Weißbart[5]) und Stolzenberg[6]) behandelte interessante Frage gegeben. Zur Sicherung von Ansprüchen dient vornehmlich der Arrest und die einstweilige Verfügung. Beide Institute haben im allgemeinen Titel der Zwangsvollstreckung ihren Platz gefunden. Weißbart wirft die Frage auf, ob der Arrest zur Geltendmachung der Leistungsberechtigung genüge. Einstweilige Verfügungen können nicht in Betracht kommen, da es sich hier nie um die Sicherung einer Forderung, sondern stets eines bestimmten Streitgegenstandes handelt.[7]) Die Gegenüberstellung des Arrests und der Zwangsvollstreckung beantwortet die von Weißbart angeschnittene Frage. Der Zweck der Zwangsvollstreckung i. e. S. ist endgültige Befriedigung auf Grund rechtskräftiger oder vorläufig vollstreckbarer Urteile, anders der Arrest, er will die Befriedigung sichern, oder wie Seuffert[8]) treffend sagt:

„Als vorläufige, d. i. zur Sicherung definitiver Zwangs-

---

[1]) Vgl. Stolzenberg, S. 10: Die Beschaffenheit der Forderung, wegen der Zwangsvollstreckung betrieben wird, bedingt die verschiedene Gestaltung des Zwangsvollstreckungsrechts. Da nun § 268 nur dann Anwendung findet, wenn wegen Geldforderungen zwangsvollstreckt wird, ist die Anwendung des 3. Abschnittes des 8. Buches der ZPO. ausgeschlossen.

[2]) §§ 803, 829 ZPO.

[3]) § 866 ZPO; RGBO. § 55.

[4]) Komm. z. ZPO. II. S. 350.

[5]) S. 11 f.

[6]) S. 17 f.

[7]) Ebenso Stolzenberg, S. 17 f.

[8]) Komm. z. ZPO. II. S. 278, 4b.

vollstreckung, erfolgt die Vollstreckung auf Grund von Arrestbefehlen."

Durch Verhängung des Arrests entsteht also bereits eine große Gefahr für die dinglich berechtigten Gläubiger des § 268 BGB. Würde ihnen im Falle des Arrests kein Ablösungsrecht gegeben sein, so würden sie wohl immer leer ausgehen, denn vom Arrest, der bereits Zwangsvollstreckung i. w. S. ist, bis zur wirklichen Zwangsvollstreckung ist nur ein Schritt, der dem Gläubiger nicht einmal mitgeteilt wird. Aus diesem Grunde muß ein Befriedigungsrecht schon dann gegeben sein, wenn der persönliche Gläubiger Arrest über die verpfändete Sache verhängen läßt".[1])

Die Leistungsberechtigung gemäß § 268 steht dem dritten erst im Moment der Betreibung der Zwangsvollstreckung zu. Die Eröffnung derselben gestaltet sich verschieden, je nach dem Objekt, in welches vollstreckt wird. Bei Vollstreckung in bewegliche Sachen wird die Zwangsvollstreckung im Moment der Pfändung seitens des Gerichtsvollziehers „betrieben sein", denn nach dem allgemeinen Satz des § 803 ZPO. erfolgt die Zwangsvollstreckung in das bewegliche Vermögen durch Pfändung. Nicht schon die Ausfertigung der Vollstreckungsklausel kann als Eröffnung der Zwangsvollstreckung angesehen werden, denn jene ist ja gerade die formelle Voraussetzung einer gültigen Zwangsvollstreckung. Ohne Ausfertigung der Vollstreckungsklausel keine Zwangsvollstreckung! Die Pfändung charakterisiert sich besonders durch das Eingreifen eines staatlichen Organs, wodurch die Zwangsvollstreckung als betrieben anzusehen ist. Bis zu diesem Zeitpunkt also ist kein Ablösungsrecht zu geben, da eine Gefährdung durch die Zwangsvollstreckung nicht vorliegt.[2]) Es gilt hier der von Stolzenberg aufgestellte Satz:

„Als maßgebender Zeitpunkt für die Ausübung des Ablösungsrechtes ist für § 268 die Eröffnung der Zwangsvollstreckung durch staatliche Organe anzusehen."

---

[1]) Diese Ansicht teilen Stolzenberg, S. 20 und Weißbart, S. 11 f.

[2]) Die Gefährdung war deshalb nicht vorhanden, weil noch immer die Zwangsvollstreckung abgelehnt werden konnte, denn Abs. 2 des § 803 ZPO. besagt: „Die Pfändung hat zu unterbleiben, wenn sich von der Verwertung der verpfändeten Gegenstände ein Überschuß über die Kosten der Zwangsvollstreckung nicht erwarten läßt."

Bei der Zwangsvollstreckung in Forderungen wird man deren Eröffnung im Zeitpunkt der Verhängung des arrestatorium und inhibitorium durch das Vollstreckungsgericht erblicken müssen (§ 829 ZPO.). Nicht erst die Zustellung des Pfändungsbeschlusses an den Drittschuldner, sondern bereits der Erlaß eröffnet die Zwangsvollstreckung, wobei nicht zu verkennen ist, daß die Eröffnung des Zwangsverfahrens in Forderungen gesetzlich nicht festgelegt ist, wie z. B. beim Zwangsversteigerungs- oder Zwangsverwaltungsverfahren. Die Bestimmungen des ZVG. analog auf das in der ZPO. geregelte Zwangsverfahren anzuwenden, wäre unrichtig; vielmehr finden die Vorschriften der ZPO. nach § 869 ergänzende Anwendung. Nach diesen würde die Zustellung des Pfändungsbeschlusses das Zwangsverfahren eröffnen, denn durch die Zustellung der Klage beginnt das Verfahren vor dem Zivilgericht, weil sie durch Parteiwillen ohne vorhergehende Entscheidung über die Zulässigkeit der Klage erfolgt. Anders verhält es sich beim Zwangsverfahren. Hierbei entscheidet das Gericht über die formellen Voraussetzungen der Zwangsvollstreckung. Durch Beschluß werden sie bejaht. Damit ist das Zwangsverfahren eröffnet; die Zustellung des Beschlusses, die die Partei zu betreiben hat (§ 829 Abs. 2 ZPO.), ist unwesentlich für die Eröffnung des Zwangsverfahrens. Doch läuft der dinglich berechtigte Gläubiger dadurch noch keine Gefahr, durch die Zwangsvollstreckung ein Recht an dem Gegenstande zu verlieren, denn das Wirksamwerden des Pfändungsbeschlusses hängt nach § 829 Abs. 3 ZPO. von der Zustellung des Beschlusses seitens des Gläubigers ab; ein Ablösungsrecht ist demnach noch nicht gegeben. Der von Stolzenberg aufgestellte Satz, daß die Eröffnung der Zwangsvollstreckung den maßgebenden Zeitpunkt für die Geltendmachung der Leistungsberechtigung angebe, trifft nicht auf alle Fälle der Zwangsvollstreckung zu. Stolzenberg hat dies auch erkannt und läßt deshalb die Eröffnung der Zwangsvollstreckung erst durch Zustellung des Pfändungsbeschlusses erfolgen; er identifiziert unrichtig Pfändung und Eröffnung des Zwangsverfahrens. Das Ablösungsrecht steht dem Gläubiger erst dann zu, nachdem er den Pfändungsbeschluß zugestellt hat. Hierin besteht das Wirksamwerden der Pfändung in Forderungen. Ebenso bewirkt erst die Übergabe des Hypothekenbriefes gemäß § 830 ZPO. Pfändung.

Die vorstehenden Ausführungen ergeben, daß der Zeitpunkt der Pfändung oder Beschlagnahme — nicht der der Eröffnung der Zwangsvollstreckung[1]) — durch staatliche Organe für die Leistungsberechtigung dritter maßgebend ist.

Die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen erfolgt, wie bereits erwähnt, durch Eintragung einer Sicherungshypothek, durch Zwangsversteigerung oder Zwangsverwaltung. Wird die Zwangsvollstreckung durch Eintragung einer Sicherungshypothek vollzogen, so ist ein Ablösungsrecht erst mit der Eintragung gegeben, da vorher ein Recht des Gläubigers an dem Gegenstande nicht gefährdet ist (§ 867 ZPO.). Bei der Geltendmachung der Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung entsteht die Leistungsberechtigung dritter erst durch den Beschluß des Vollstreckungsgerichts nach § 20 ZVG:

„Der Beschluß, durch welchen die Zwangsversteigerung angeordnet wird, gilt zugunsten des Gläubigers als Beschlagnahme des Grundstücks."

Wie sich der Zeitpunkt der Pfändung und des Ablösungsrechts decken, so geht spätestens mit dem Ende der Zwangsvollstreckung auch das Ablösungsrecht unter; denn wenn die Vollstreckung beendet ist, kann auch von ihrem Betreiben keine Rede mehr sein.[2])

Die Zwangsvollstreckung in bewegliche Sachen endet durch Befriedigung des die Zwangsvollstreckung betreibenden Gläubigers aus dem Erlös des Pfandes (§ 1242 BGB.) oder aus den Barmitteln des Schuldners oder eines für ihn eintretenden dritten. Auch Einstellung der Zwangsvollstreckung beendet diese.[3]) Bei Zwangsvollstreckung in Forderungen hängt das Ende von dem Überweisungsbeschluß ab. Hat sich der Gläubiger die gepfändete Forderung an Zahlungsstatt zum Nennwerte überweisen lassen, so geht sie im Moment der Zustellung des Überweisungsbeschlusses an den Drittschuldner unter (§ 835 ZPO.), denn der die Forderung verpfändet habende Gläubiger hat kein Forderungsrecht mehr. Dieses ist dem die Zwangsvollstreckung betreibenden Gläubiger zugesprochen worden. Anders, wenn der Gläubiger nur Einziehung geltend gemacht hat. Hier bleibt

---

[1]) So Stolzenberg, S. 25.

[2]) Schollmeyer, Komm. zu § 268, S. 75.

[3]) ZPO. § 775, Z. 1 bis 3 und Z. 4 bis 5 in Verbindung mit § 776.

der Schuldner Gläubiger des Drittschuldners[1]), so daß der Vollstreckungsgläubiger gewissermaßen nur als dessen Vertreter handelt. Mit der Einziehung der Forderung erlischt aber ebenfalls die Zwangsvollstreckung.

Bei der Zwangsversteigerung oder -verwaltung endet diese mit der Aufhebung oder einstweiligen Einstellung des Verfahrens gemäß § 28 ff. ZVG) mit dem Zuschlage des zu versteigernden Grundstücks (§ 91 ZVG.). Bei Eintragung einer Sicherungshypothek erlischt die Zwangsvollstreckung mit deren Löschung im Grundbuche. Öfters wird jedoch das Ablösungsrecht auch vor Beendigung der Zwangsvollstreckung erlöschen, so z. B. wenn die Versteigerung stattgefunden hat, der Gläubiger aber noch nicht befriedigt wurde Mit der Versteigerung endet noch nicht die Zwangsvollstreckung. Falkmann[2]) sagt:

„Die Vollstreckung wegen Geldforderungen in bewegliche Sachen wird nicht schon dadurch beendet, daß der Gerichtsvollzieher Sachen des Schuldners pfändet und versteigert."

Dasselbe gilt natürlich auch, wenn in unbewegliches Vermögen zwangsvollstreckt wird. Hier erlöschen aber nach § 91 ZVG. die Rechte an den versteigerten Immobilien (also auch das Ablösungsrecht) bereits durch den Zuschlag — denn durch ihn wird nach § 90 ZVG. Eigentum übertragen — soweit nicht besondere Rechte bestehen bleiben sollen, nicht erst, wie bei beweglichen Sachen, durch Übergabe derselben, denn die Versteigerung ist ein Kauf. Nach den Regeln des Kaufs geht aber das Eigentum erst mit der Übergabe über. Gemäß § 1242 BGB. kann demnach eine rechtmäßige Veräußerung des Pfandes erst nach erfolgter Übergabe[3]) stattfinden. Meist wird zwar Zuschlag und Übergabe im Versteigerungstermin zusammenfallen, doch unbedingt nötig ist dies nicht. Demnach kann das Ablösungsrecht auch bereits vor Ende der Zwangsvollstreckung mit dem Zuschlag oder der Übergabe der Sache erloschen sein.

Schließlich müssen noch die Worte: „. . . in einen dem Schuldner gehörigen Gegenstand . . ." in Erwägung gezogen

---

[1]) Seuffert, Komm. z. ZPO. zu § 835. 3. I. 6., S. 506.

[2]) Zwangsvollstreckung, S. 368.

[3]) Biermann, Komm. z. § 1242. I. S. 462. Aus den Worten: „Der Erwerber erlangt durch die Übereignung (§§ 929 ff.) . . ." ist zu folgern, daß der Eigentumsübergang sich nach den allgemeinen Vorschriften richtet, also Eigentum erst durch Übergabe auch im Falle des § 1242 begründet wird. — Ebenso Stolzenberg, S. 35 und die dort Zitierten.

werden. Der Begriff des Gegenstandes ist ein weiterer als der der Sache. Alles, was vermögensrechtlichen Wert hat und Objekt einer Zwangsvollstreckung sein kann, ist Gegenstand im Sinne des § 268 BGB., so z. B. Erbbaurecht, Nießbrauch, Forderungen u. dergl. m.[1]) Diese Gegenstände müssen aber dem Schuldner zustehen; ein Ablösungsrecht ist demnach nicht gegeben, wenn Zwangsvollstreckung in eine dem Schuldner nicht gehörige Sache oder ein ihm nicht zustehendes Recht betrieben wird, im Gegensatz zu den §§ 1150 und 1249 BGB. Ist ein anderer Eigentümer, so ist dieser durch die Exekutionsinterventionsklage geschützt (§ 771 ZPO.). Ihre Zulässigkeit schließt die Anwendung des § 268 BGB. aus. Ebenso ist derjenige, der ein die Veräußerung hinderndes Recht hat, durch § 771 ZPO. geschützt, bedarf demnach gleichfalls nicht des Schutzes aus § 268 BGB. Dies folgt aus der später noch zu behandelnden Tatsache, daß der Gläubiger „Gefahr laufen" muß, durch die Zwangsvollstreckung ein Recht an dem Gegenstande zu verlieren.[2]) Durch die Widerspruchsklage sind die Gläubiger besser geschützt, als wenn ihnen die Leistungsberechtigung nur zustände. Erfüllen sie aber trotzdem, so greifen die Vorschriften des § 267 BGB. ein.[3])

§ 8. Welche Eigenschaften muß der dritte aufweisen, um das Recht des § 268 BGB. geltend machen zu können?

In der Person des Leistungsberechtigten müssen noch weitere Erfordernisse gegeben sein, damit ein Ablösungsrecht möglich ist; so muß vor allem der Leistungsberechtigte die Forderung des die Zwangsvollstreckung betreibenden Gläubigers zu leisten berechtigt sein. Im Gegensatz zum § 267 werden dritte nur dann für den Schuldner erfüllen können, wenn dessen Gläubiger die Zwangsvollstreckung wegen einer Geldforderung betreibt.[4]) Aber auch hier ist wie bei § 267 eine Einschränkung geboten, nämlich dann, wenn wegen einer Geldstrafe vollstreckt wird, da diese wegen ihres pönalen Charakters höchstpersönlich ist.[5]) Planck[6]) stellt die unbegründet gelassene Behauptung auf:

---

[1]) Schollmeyer, Komm. zu § 268, S. 76 und Stolzenberg, S. 37 f.

[2]) S. 31.

[3]) Näheres s. III. Teil, § 14, S. 51.

[4]) S. 23 f.

[5]) S. 12.

[6]) Komm. zu § 268 BGB.

„Voraussetzung ist nicht, wie im Falle des § 267, daß die Verbindlichkeit, wegen deren die Zwangsvollstreckung erfolgt, von dem Schuldner nicht in Person zu erfüllen ist,“
so daß er die Konsequenz zieht:

„Das hier fragliche Recht ist also auch dann begründet, wenn es sich um eine Verbindlichkeit zur Entrichtung einer Geldstrafe handelt.“

Planck gibt also dem dritten in diesem Fall das Leistungsrecht. Dem ist aber entgegenzutreten. Wie bereits hervorgehoben, ist die Geldstrafe höchstpersönlich, da sie den Schuldner in Person treffen soll. Liszt[1]) definiert:

„Die Strafe ist ein Übel, welches der Verbrecher erleidet; sie ist Rechtsgüterverletzung, Verletzung rechtlich geschützter Interessen durch die sonst schützende Rechtsordnung selbst.“

Dies gilt sowohl in Hinsicht auf die Freiheits- als auch auf die Geldstrafe, die der Staat vom Schuldigen einzieht. Der Wille des Gesetzgebers geht auf keinen Fall dahin, den die Geldstrafe zwangsweise eintreibenden Staat durch einen dritten, der durch die von Staatswegen eingeleitete Zwangsvollstreckung ein Recht an dem Gegenstand zu verlieren Gefahr läuft, zwingen zu wollen, die Geldleistung von dem dritten anzunehmen, da sonst der pönale Charakter der Geldstrafe verloren gehen würde. Selbst dann ist ein Ablösungsrecht nicht zuzugestehen, wenn der dritte dem Staat seine Regreßabsicht gegen den Delinquenten erbringt[2]), denn die Strafverfolgung übt der Staat selbst aus.

Hiermit ist aber bewiesen, daß bei höchstpersönlichen Leistungen ein Ablösungsrecht nicht zu geben ist, selbst wenn alle anderen Voraussetzungen zuträfen. Schollmeyer[3]) vertritt dieselbe Ansicht, indem er sagt:

„Die Forderung, wegen deren die Zwangsvollstreckung betrieben wird, muß natürlich eine solche sein, welche die Befriedigung durch einen dritten verträgt, bei welcher der Schuldner also nicht in Person zu leisten hat. Deshalb gehören hierher Geldforderungen, jedoch nicht Geldstrafforderungen, weil der Strafanspruch des Staates durch dritte nicht befriedigt werden kann.“

---

[1]) Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 7. Aufl., S. 230.
[2]) Ebenso Stolzenberg, S. 15.
[3]) Komm. z. § 268, S. 75. Vgl. auch Rehbein: BGB. 2. Bd. S. 81.

Weitere in der Person des Ablösungsberechtigten begründete Voraussetzungen folgen aus den Worten:

„. . . so ist jeder, der Gefahr läuft, durch die Zwangsvollstreckung ein Recht an dem Gegenstand zu verlieren, berechtigt . . ."

Der Ausdruck „Recht an dem Gegenstande" läßt sich schlechterdings nicht anders auffassen, als daß nur der dinglich Berechtigte das Ablösungsrecht hat. Oertmann, wie auch Endemann, die anfangs die Ansicht vertraten, daß ein obligationsrechtlicher Anspruch bereits zur Geltendmachung des Befriedigungsrechts genüge, haben bald ihre Meinung geändert.[1]) Der Sprachgebrauch des bürgerlichen Gesetzbuchs läßt eine andere Auslegung der Worte: „Recht an einem Gegenstande" nicht zu. Wann objektiv ein Ablösungsrecht gegeben ist, wurde oben[2]) berührt, nicht aber die Frage nach dessen Inhaber.

Bei den dinglichen Rechten an beweglichen Sachen wird ihr Inhaber durch Bestellung des Nießbrauchs oder Pfandrechts ohne weiteres bestimmt. Schwieriger und in der Literatur bestritten ist die Frage nach dem Inhaber eines dinglichen Rechts an einer unbeweglichen Sache. Ein solches entsteht an Immobilien meist nur durch Einigung und Eintragung dieses Rechts im Grundbuche (§ 873 BGB.). Wie aber, wenn eine Vormerkung eingetragen wird? Diese wird meist gegen den Willen des Passivbeteiligten auf Grund einer einstweiligen Verfügung eingetragen (§ 855 BGB.). Sie dient zur Sicherung des Anspruchs auf Einräumung oder Aufhebung eines Rechts an einem Grundstücke. Ist der Vormerkung nun dingliche Wirkung zuzusprechen? Unbestritten ist, daß der im Grundbuche eingetragene Widerspruch (§ 894 BGB.) ein dingliches Recht an dem Gegenstande erzeugt.[3]) Wie aber der erste Entwurf des BGB. den Widerspruch überhaupt nicht kannte, sondern erst die zweite Kommission Widerspruch und Vormerkung unterschied, so ist der Begriff der Vormerkung, die den Widerspruch in sich faßte, ein engerer geworden. Beide miteinander verwandte Institute sind in einem

---

[1]) Vgl. Oertmann, Komm. zu § 268, S. 28; 2c (1. Aufl.) und S. 67; 2c. (2. Aufl.). Endemann, Lehrbuch des BGB. 3. Aufl. S. 613, Nr. 13 u. 8. Aufl., S. 546, Nr. 48.

[2]) S. 23; vgl. auch Stolzenberg, S. 43 bis 63.

[3]) Vgl. Biermann, Komm. zu § 894, S. 88, 2; Staudinger, Komm. z. § 894, S. 172, I, 2; Planck, Komm. zu § 894, S. 143, I.

Punkte streng zu scheiden. Die Eintragung eines Widerspruchs soll dritten den wahren Sachverhalt im Gegensatz zu dem im Grundbuche unrichtig eingetragenen erkennen lassen, während die Vormerkung, wie Biermann[1]) treffend sagt, „den persönlichen Anspruch sichern soll.“ Die Sicherung geschieht aber mit dinglichen Mitteln, denn ein solches ist die Eintragung. Reichel[2]) definiert die Vormerkung „als Sicherung eines persönlichen Anspruchs mit den dinglichen Mitteln des Grundbuchs.“ So bestritten auch das Wesen der Vormerkung ist, unsern Fall — ob demjenigen, zu dessen Gunsten eine Vormerkung eingetragen worden, ein Ablösungsrecht zu geben ist — wird nur die Wirkung der Vormerkung entscheiden. Die Vormerkung bezweckt Sicherung eines Anspruchs auf Einräumung eines Rechts, sozusagen „dingliche“ Sicherung, denn

„jede Verfügung, die nach Eintragung der Vormerkung über das Grundstück oder das Recht getroffen wird, ist insoweit unwirksam, als sie den Anspruch vereiteln oder beeinträchtigen würde“. (§ 883 Abs. 2 BGB.)

Schwerlich hat die Vormerkung Wirkung ex tunc, so daß die endgültige Eintragung auf den Zeitpunkt der vorläufigen zurückzubeziehen ist.[3]) Dadurch ist aber der Vormerkung nicht die dingliche Sicherung genommen, auf die es in unserem Falle ankommt, was Reichel[4]) verneint. Er kommt zu dem Schlusse, daß der, zu dessen Gunsten eine Vormerkung eingetragen ist, kein dingliches Recht hat; dieses sei erst mit der endgültigen Eintragung gegeben. Dem ist nach obigem zu widersprechen, so daß m. E. das obligatorische, durch Eintragung einer Vormerkung dinglich gesicherte Recht als ein „Recht an jenem Gegenstande“ anzusehen ist.[5]) Ein Argument für diese Auffassung scheint auch § 48 ZVG. zu sein, der besagt:

„Bedingte Rechte sind wie unbedingte, die durch Eintragung eines Widerspruchs oder Vormerkung gesichert sind, wie eingetragene Rechte zu berücksichtigen“.[6])

Demnach können auch die Gläubiger, deren Anspruch nur

---

[1]) Komm. zu § 883, S. 62.

[2]) Vormerkungen im BGB. Iherings Jahrbücher, 46. Bd., S. 141.

[3]) Reichel: Iherings Jahrbücher 46. Bd. S. 141 und die dort Zitierten.

[4]) S. 142.

[5]) Ebenso Oertmann, Komm. zu § 268, Planck, Komm. zu § 883 und Biermann, Widerspruch und Vormerkung, S. 115.

[6]) Vgl. auch KO. § 24.

durch eine Vormerkung dinglich gesichert ist, Inhaber eines Ablösungsrechtes sein.

Neben den dinglich berechtigten Gläubigern gibt Satz 2 des § 268 BGB. auch den Besitzern, die durch die Zwangsvollstreckung Gefahr laufen, den Besitz zu verlieren, ein Ablösungsrecht. Fälle, in denen dem Besitzer einer beweglichen Sache durch die Zwangsvollstreckung Verlust derselben droht, sind schwerlich denkbar. Liegt der unmittelbare Besitz in den Händen des Schuldners, so muß dieser die Pfändung über sich ergehen lassen. Damit verliert er aber den unmittelbaren Besitz, selbst wenn die Sache bei ihm bleibt (ZPO. § 808, Abs. 2), denn das Charakteristikum der Pfändung ist der Besitzverlust. Ein mittelbarer Besitzer verliert aber dadurch, daß der unmittelbare den Besitz verliert, seinen mittelbaren.[1]) Ist aber der Besitz verloren, dann kann keiner mehr Gefahr laufen, diesen zu verlieren, so daß § 268 Abs. 1 S. 2 BGB. nicht gegeben ist. Befindet sich die vom Gerichtsvollzieher zu pfändende Sache im unmittelbaren Besitz eines Gläubigers oder eines dritten, so greift § 809 ZPO. ein. Ist ein dritter zur Herausgabe der Sache nicht bereit, so läuft weder er noch die mittelbaren Besitzer Gefahr, den Besitz zu verlieren, ein Ablösungsrecht ist also auch hier nicht denkbar. Ist der dritte aber zur Herausgabe bereit, so ist wirksam gepfändet, der Besitz ihm wie auch den anderen mittelbaren Besitzern verloren, so daß auch hier ein Befriedigungsrecht nicht möglich ist. Pfändet der Gerichtsvollzieher gegen den erklärten Willen des Drittbesitzers, so steht diesem gemäß § 771 ZPO. die Widerspruchsklage zu.[2])

Voraussetzung bei vorstehenden Ausführungen war, daß der Gerichtsvollzieher Zwangsvollstreckung in bewegliche Sachen betrieb. Wie aber verhält es sich, wenn er den Herausgabeanspruch auf eine Sache pfändet? Der Besitzer der Sache ist in seinem Besitze zwar bedroht, wird aber durch die Pfändung nicht getroffen, da er dem Schuldner gegenüber zum Besitze nicht berechtigt ist. Das BGB. schützt dem wahren Besitzer gegenüber aber nicht nur Besitz im technischen Sinne, sondern auch den Besitz, dessen Abtretung dem Schuldner geschützt wird. Durch die Zwangsvollstreckung wird nun dem Gläubiger das Recht der Einziehung, das bisher dem Schuldner zustand,

[1]) S. Enneccerus-Lehmann II, S. 76.
[2]) Ebenso Stolzenberg, S. 59.

gemäß § 886 ZPO. überwiesen. Dadurch sukzediert der Gläubiger in die Stellung des Schuldners, so daß der dritte auch ihm gegenüber nicht zum Besitze berechtigt ist. Aus diesem Grunde wird der fehlerhafte Besitzer dem den Herausgabeanspruch gepfändet habenden Gläubiger gegenüber kein Ablösungsrecht haben.[1])

Bis auf den von Weißbart[2]) angeführten Fall wird § 268 S. 2 BGB. für den Besitzer beweglicher Sachen unpraktisch sein.

Erfolgt die Zwangsvollstreckung in ein Grundstück durch Eintragung einer Sicherungshypothek, so wird der Besitz dadurch nicht beeinträchtigt; ein Befriedigungsrecht ist deshalb unnötig. Nach der positiven Vorschrift des § 93 ZVG. ist der sonst geschützte Drittbesitzer (§ 805 ZPO.) bis auf wenige Ausnahmen nicht geschützt[3]), denn:

„Aus dem Beschlusse, durch welchen der Zuschlag erteilt wird, findet gegen den Besitzer des Grundstücks oder einer mitversteigerten Sache die Zwangsvollstreckung auf Räumung und Herausgabe statt."

Die Zwangsvollstreckung soll jedoch nicht erfolgen, wenn der Besitzer auf Grund eines Rechtes, das durch den Zuschlag nicht erlischt, Gefahr läuft, seinen Besitz durch sie zu verlieren. Erfolgt sie aber trotzdem, so steht ihm das Recht aus § 771 ZPO. zu. Denjenigen aber, deren Rechte durch den Zuschlag erlöschen würden, steht das Ablösungsrecht des § 268 S. 2 zu. Als obligatorisch Berechtigter kommt z. B. der Entleiher[4]) auf Grund des Leihvertrags mit dem Schuldner in Betracht. Dem Pächter und Mieter, die § 93 ZVG. nicht mittrifft, ist ebenfalls ein Ablösungsrecht zu gewähren.[5]) Der Grund liegt, wie Stolzen-

---

[1]) Ebenso Schollmeyer zu § 268, S. 76 bis 77, 2b und Stolzenberg, S. 60; a. A. Planck zu § 268, S. 57.

[2]) Weißbart gibt einen Ausnahmefall (S. 33), wonach dem Drittbesitzer, der mit dem die Zwangsvollstreckung betreibenden Gläubiger eine Sache in Miteigentum hat, ein Ablösungsrecht zuzugestehen ist, wenn der Gläubiger in den Anteil des Miteigentümers Zwangsvollstreckung betreibt und die Aufhebung der Gemeinschaft dauernd oder auf Zeit ausgeschlossen ist.

[3]) Vgl. Reinhard zu § 93 ZVG., S. 463; II, 1b und Wolff zu § 93 ZVG., S. 217, 4.

[4]) Vgl. Oertmann, Komm. zu § 268, 2b.

[5]) Schollmeyer, Komm. zu § 268, S. 76, 2b. Planck, Komm. zu § 268, S. 57, 3b; Oertmann, Komm. zu § 268, S. 67, 2b; Staudinger, Komm. zu § 268, S. 29, 1b.

berg[1]) richtig erkennt, darin, daß der Ersteher das Kündigungsrecht (ZVG. § 57) gegen sie hat, wodurch sie Gefahr laufen, vorzeitig den Besitz zu verlieren.

In anderer Weise greifen die Vorschriften des ZVG. bei der Zwangsverwaltung ein. Nach § 152

„ist der Miet- oder Pachtvertrag auch dem Verwalter gegenüber wirksam, wenn nur das Grundstück v o r der Beschlagnahme einem Mieter oder Pächter überlassen war."

Da Mieter wie Pächter in ihren Rechten nicht im geringsten beeinträchtigt werden, so ist hier ein Ablösungsrecht nicht zu geben.[2]) Anders wiederum, wenn Mieter oder Pächter n a c h der Beschlagnahme Besitz erlangt haben. Ihnen ist ein Ablösungsrecht zu gewähren, da sie in ihren Rechten bedroht sind. Dies begründet Henle[3]) in folgender Weise:

„War das Grundstück dem Mieter oder Pächter zur Zeit der Beschlagnahme noch nicht überlassen, so ist weder der Verwalter noch der Mieter oder Pächter an den Vertrag gebunden."

Mieter und Pächter schweben in ständiger Gefahr, daß ihnen der Zwangsverwalter kündigt.[4])

Damit ist das letzte Erfordernis zur Anwendung des Ablösungsrechts gegeben. Der Leistungsberechtigte muß G e f a h r l a u f e n, durch die Zwangsvollstreckung ein Recht an dem dem Schuldner gehörigen Gegenstande zu verlieren. Dies trifft nur dann zu, wenn ihm die Geltendmachung eines ihn schützenden Rechts nicht zusteht. § 268 will nur dann eingreifen, wenn jedes andere Recht versagt.[5]) Derjenige also, dem die Widerspruchsklage nach § 771 ZPO. zusteht, wird ein Ablösungsrecht nicht haben.[6]) Gleiches gilt z. B., wenn während der Zwangsvollstreckung einem dritten versprochen wird, die Pfandsache an einem andern als dem gesetzlichen Orte zu verkaufen; sollte der Verkauf der Sache aber trotzdem nicht an dem vereinbarten Orte stattfinden, so steht dem dritten kein Ablösungsrecht, wohl aber ein Einspruchsrecht nach § 1245 BGB. zu.

Bei der Zwangsvollstreckung in Immobilien spielt das „Gefahr laufen" gleichfalls eine große Rolle. So kann z. B. derjenige,

---

[1]) S t o l z e n b e r g, S. 62.
[2]) H e n l e zu § 152, S. 170,6.
[3]) Zu § 152, S. 169, 5.
[4]) Ebenso S t o l z e n b e r g, S. 58 f.
[5]) Vgl. Beispiel auf S. 29.
[6]) Vgl. die reiche Kasuistik W e i ß b a r t s S. 23.

dessen Rechte aus dem Grundbuche nicht ersichtlich sind, diese bis zum Tage der Versteigerung anmelden (§ 37 ZVG.). Sie müssen aber dann im geringsten Gebot berücksichtigt werden (§ 52 ZVG.), so daß deren Inhaber nicht Gefahr läuft, durch die Zwangsvollstreckung ein Recht an dem Gegenstande zu verlieren, weshalb ihm keine Leistungsberechtigung zusteht.

Eine weitere interessante Frage ergibt sich aus der Gegenüberstellung der §§ 267 und 268. Bei Anwendung des § 267 muß der dritte den animus solvendi[1]) haben. Bedarf der Ablösungsberechtigte auch eines besonderen animus? Die Beantwortung dieser Frage ist nur möglich nach Erörterung des rechtlichen Charakters des Übergangs der Forderung, der ein Erlöschen derselben mit Regreßwirkung des Zahlenden gegen den Schuldner zur Folge hat.[2]) Damit ist negativ ausgedrückt, daß ein animus des Ablösenden auf Übergang der Forderung nicht in Betracht kommen kann.[3]) Dagegen ist der animus solvendi und recipiendi vom dritten zu fordern. Ersterer folgt aus dem Wortlaut des § 268, letzteren muß der dritte deshalb haben, weil er nie animo donandi ablösen kann. Zahlt aber der dritte, um den Schuldner zu beschenken, so daß er den animus recipiendi nicht hat, dann kann auch § 268 keine Anwendung finden, es greifen vielmehr die Vorschriften des § 267 BGB. ein.[4])[5])

II. § 9. Die Befriedigung des Leistungsberechtigten.

Sind die in vorstehenden §§ 7 und 8 erörterten Voraussetzungen gegeben, so kann § 268 Anwendung finden, indem der Ablösungsberechtigte den Gläubiger befriedigt, hinterlegt oder aufrechnet.

---

[1]) S. 14.

[2]) Beweis s. S. 44.

[3]) Ebenso Stolzenberg (S. 83), der zutreffend sagt: Würde mit Wissen des Gläubigers vom dritten animo emendi gezahlt, so würde selbstverständlich kein Übergang der Forderung kraft Gesetzes eintreten, sondern die Abtretung der Forderung würde sich nach § 398 BGB. vollziehen.

[4]) Stolzenberg (S. 85) scheint dieselbe Ansicht zu haben, wenn er sagt: Dem dritten gegen seinen Willen eine Ersatzforderung — nichts anderes bedeutet in § 268 der Übergang der Forderung — aufdrängen, kann wohl als Absicht des Gesetzgebers nicht angenommen werden, weil eine derartige Annahme widersinnig wäre.

[5]) Vgl. auch im dritten Teil, S. 50.

1. Befriedigung ist Bewirken der geschuldeten Leistung.[1]) Der bei der Ablösung geschuldete Betrag ist daher nicht identisch mit dem Betrage der eigentlichen Forderung. Der Leistungsberechtigte hat das zu zahlen, was der Schuldner zu zahlen hätte[2]). So sind vor allem 4 v. H. Verzugszinsen und, wenn ein größerer Ersatzanspruch berechtigt ist, auch dieser zu berichtigen[3]), da die Geltendmachung der Leistungsberechtigung notwendig Verzug voraussetzt, denn Zwangsvollstreckung kann ja nur betrieben werden, nachdem der Schuldner in Verzug gesetzt worden ist. Auch die Kosten des Verfahrens sind zu ersetzen. Diese Ansprüche sind natürlich nur dann zu leisten, wenn der Gläubiger wegen aller die Zwangsvollstreckung betrieben hat. Betreibt ein Gläubiger diese nur in die eigentliche Forderung, so ist auch diese nur zu erbringen, denn der Schuldner würde dadurch befreit, ebenso natürlich auch der dritte nach dem oben nachgewiesenen Satze, daß er nur das zu leisten braucht, was der Schuldner zu erbringen hat. d. i. aber in diesem Falle nur die vom Gläubiger geforderte Schuldsumme ohne Verzugszinsen. Daraus ergibt sich weiter, daß, wenn der Gläubiger die Zwangsvollstreckung nur in einen Teil der Forderung betreibt, der Leistungsberechtigte auch nur die Teilleistung zu erbringen hat. § 266 BGB., wonach der Schuldner zu Teilleistungen nicht berechtigt ist, steht diesem nicht entgegen, da der Schuldner nicht die Teilleistung anbietet, sondern der Gläubiger sie fordert. An Stelle des Schuldners tritt aber der die geforderte Teilleistung erbringende dritte, der also nicht freiwillig leistet, sondern gezwungen, um nicht sein Recht an dem Gegenstande, in den die Zwangsvollstreckung betrieben ist, zu verlieren.[4]) Daraus darf aber nicht gefolgert werden, daß der dritte, wenn wegen der ganzen Forderung Zwangsvollstreckung in mehrere Gegenstände des Schuldners betrieben worden ist, nur den Betrag zu erbringen hätte, soweit sein Recht an nur einem Gegenstande bedroht ist; denn dies würde eine Teilleistung sein, die anzunehmen der Gläubiger nach § 266BGB. nicht verpflichtet ist. Demnach muß

---

[1]) Vgl. Planck, Komm. zu § 268, S. 57, 4.

[2]) Ebenso Stolzenberg, S. 65.

[3]) BGB. § 288.

[4]) Ebenso Oertmann, Komm. zu 268, 5d; Planck, Komm. zu § 268, 5. Auch Staudinger, Komm. zu § 268, 3, Abs. 1 (S. 29) scheint diese Ansicht zu teilen.

der dritte auch in diesem Falle die volle Befriedigung erbringen.[1]) Diese hat natürlich durch Zahlung an den Gläubiger zu erfolgen, kann aber im Falle der Zwangsversteigerung auch an das Vollstreckungsgericht, das zur Empfangnahme verpflichtet ist,[2]) erfolgen (§ 75 ZVG.), wodurch zwar noch keine Befriedigung eintritt, wohl aber eine Einstellung des Verfahrens zu erfolgen hat [3])[4])

2. Wie die Zahlung an das Vollstreckungsgericht zur Tilgung des Schuldverhältnisses noch nicht ausreicht, ebenso wenig befreit die einfache Hinterlegung, da bei der Anwendung des § 268 Abs. 2 noch die Regeln der §§ 372 ff. BGB. beobachtet werden müssen.[5]) Voraussetzung der Hinterlegung ist aber Annahmeverzug des Gläubigers (§ 372 BGB.). Der Leistungsberechtigte kann demnach erst dann hinterlegen, nachdem er dem Gläubiger erfolglos angeboten hat. Aber auch damit tritt noch keine Befriedigung ein. Erst die Abhebung der hinterlegten Sache vom Gläubiger oder der Verzicht des Schuldners auf Rücknahme (§ 378 BGB.) löst das bestehende Schuldverhältnis.

3. Wie die Hinterlegung nach den Regeln der §§ 372 ff. BGB., so ist auch die Aufrechnung nach deren allgemeinen Regeln zu behandeln. Zwar ist in § 268 ein echter Fall der Aufrechnung nicht gegeben, da nach dem Prinzip der Aufrechnung des § 387 BGB. nur inter easdem personas aufgerechnet werden kann. Im Fall des § 268 rechnet aber der dritte mit einer ihm gegen den Gläubiger zustehenden Forderung auf, es tritt der Leistungsberechtigte gleichsam in die Stellung des Schuldners ein. Der dritte muß daher in der Lage sein, seine Forderung mit der des Gläubigers aufrechnen zu können. Der Leistungsberechtigte kann demnach nur aufrechnen, wenn die beiderseitigen Forderungen vollgültig und gleichartig sind und die Aufrechnungslage gegeben ist, das ist der Zeitpunkt, in dem der aufrechnende Teil seine Leistung zu bewirken und die andere zu fordern berechtigt ist.[6]) Sobald die Erfordernisse der Aufrechnung in der

---

[1]) Ebenso Stolzenberg (S. 66) und Weißbart (S. 41).
[2]) Reinhard zu § 75 ZVG., S. 390, Z. 3.
[3]) Derselbe S. 391, Z. 5.
[4]) S. unten § 10, 4.
[5]) Vgl. Planck, Komm. zu § 268, Anm. 4 und Staudinger, Komm. zu § 268, Anm. 2.
[6]) Vgl. Planck, Komm. zu 268, 4 und dessen Vormerkungen zu der Aufrechnung, S. 249 f.

Person des dritten vereinigt sind, kann er seine Forderung gegen die des Gläubigers aufrechnen mit der Wirkung, daß das Schuldverhältnis gegen den dritten erlischt, wodurch auch zugleich das Schuldverhältnis zwischen ihm und dem Gläubiger untergeht. Interessant ist eine vom Kammergericht Berlin am 5. Dezember 1904 (Rechtsprechung der Ober-Landesgerichte 10. Bd. S. 173) getroffene Entscheidung betr. die Aufrechnung der Forderung eines dritten:

„Der Kläger, der 1888 gegen die jetzige Frau des Beklagten eine Forderung erstritten hatte, klagt auf Duldung der Vollstreckung in das eingebrachte Gut. Der Beklagte stellt eine ihm gegen den Kläger rechtskräftig zustehende Forderung zur Aufrechnung."

Das Kammergericht ist mit Recht der Ansicht, daß die Aufrechnung nach § 268 zuzulassen sei, besteht doch, wie es ausführt, ein dingliches Recht an den Vermögensstücken der Frau. Eine andere Möglichkeit, sich vor der Zwangsvollstreckung in das eingebrachte Gut seiner Frau zu schützen als durch das Ablösungsrecht, besteht nicht, da über die Verbindlichkeit der Frau vor der Ehe bereits rechtskräftig entschieden war, so daß § 1414 BGB. nicht zur Anwendung kommen kann, sonst würde dem Manne eine Widerspruchsklage zugestanden haben.

III. Die Wirkungen der Ausübung der Leistungsberechtigung.

A. Normale Wirkungen:

§ 10. 1. gegenüber dem die Zwangsvollstreckung betreibenden Gläubiger.

Der Leistungsberechtigte bezweckt durch die Geltendmachung der Ablösung das Erhaltenbleiben seiner Rechte.[1]) Voraussetzung der Erhaltung der Rechte ist die Aufhebung der Zwangsvollstreckung. In diesem Sinne wird man wohl auch mit Stolzenberg[2]) sagen können, daß der Gläubiger bei der

[1]) Weißbart (S. 15) sieht den Hauptzweck des Ablösungsrechtes im gesetzlichen Eintritt in die Stellung des Gläubigers, was nicht zu billigen ist, denn der animus des Leistungsberechtigten geht nicht auf Forderungserwerb, sondern auf Tilgung jenes Schuldverhältnisses. — Nach Stolzenberg (S. 68) besteht der Hauptzweck in der Aufhebung der Zwangsvollstreckung, m. E. etwas zu eng gefaßt.

[2]) S. 104.

Geltendmachung des Ablösungsrechtes Aufhebung der Zwangsvollstreckung im Auge habe. Doch in den Fällen, wo volle Befriedigung des Gläubigers eintritt, ist die Aufhebung der Zwangsvollstreckung notwendige Folge. Die Absicht des dritten muß deshalb nicht notwendig auf Beseitigung derselben gerichtet sein, da diese ipso iure erlöscht, sobald die Leistung dem Gläubiger ausgehändigt wird. Wenn aber durch die Ablösung endgültige Befriedigung noch nicht eintritt, so wird die Absicht des Leistungsberechtigten allerdings dahin gehen, die seine Rechte bedrohende Zwangsvollstreckung zu beseitigen Hierbei sind vier Fälle zu unterscheiden:

1. Weigerung der Annahme der Leistung;
2. Hinterlegung nach § 372 BGB.;
3. Aufgabe zur Post;
4. Zahlung an das Vollstreckungsgericht.

1. Bietet der Leistungsberechtigte dem Gläubiger erfolglos an, so setzt er jenen in Annahmeverzug, wodurch aber nicht die Zwangsvollstreckung aufgehoben oder auch nur eingestellt wird. Die Einstellung nach § 775 ZPO. zu erzwingen. ist nicht möglich, da hier dem Gericht stets ein augenfälliger Beweis vorzuweisen ist. Der Schuldner kann zwar durch die Zwangsvollstreckungsgegenklage des § 767 ZPO. Aufhebung der Zwangsvollstreckung erzwingen, nicht aber der dritte, da nach demselben Paragraphen „die Einwendungen, welche den durch das Urteil festgestellten Anspruch selbst betreffen, nur vom Schuldner im Wege der Klage geltend zu machen sind."

Die Wirkungen des Annahmeverzugs sind zu schwache, als daß dadurch ohne weiteres Aufhebung oder Einstellung der Vollstreckung zu erzielen sei. Als Grund gibt Dernburg[1]) an,

„daß der Gläubiger auch ohne Verschulden in Verzug sein kann, es soll ihm nicht allzu wehe getan werden; daher erstrebt das bürgerliche Gesetzbuch eine Vermittlung der Interessen und Ansprüche."

2. Der Verzug des Gläubigers gibt aber materiell dem Schuldner und, wie im Fall des § 268 BGB. bestimmt ist, auch dem dritten das Recht, die Leistung zu hinterlegen. Hinterlegung ist aber in allen Fällen, in denen ein Ablösungsrecht gegeben ist, möglich, da, wie früher hervorgehoben worden ist, der Gläu-

---

[1]) Bürgerliches Recht II, 1. S. 166 bis 167.

biger nur wegen Geldforderungen Zwangsvollstreckung betreiben kann. Auch die Wirkungen der Hinterlegung beseitigen nicht das bestehende Schuldverhältnis, man müßte denn auf Rücknahme verzichtet haben. Doch wird nach § 775 Abs. 3 ZPO. der dritte eine Einstellung des Verfahrens dann erreichen, wenn er sich von der Hinterlegungsstelle eine öffentliche Urkunde hat ausstellen lassen. § 775 ZPO. gilt nicht nur für den Schuldner wie § 767 ZPO., sondern auch zugunsten dritter Personen [1]) Kann aber der Schuldner oder der hinterlegende dritte eine solche Urkunde nicht erbringen, so bleibt die Zwangsvollstreckung bestehen.

3. Einstellung des Verfahrens bewirkt die Vorlegung des Postscheins (§ 775 Z. 5 ZPO.). Diesem Einlieferungsscheine wird nach der Postordnung vom 20. März 1900 § 20 Abs. 6 der Charakter einer öffentlichen Urkunde beigelegt. Voraussetzung ist natürlich, daß die Postanweisung an den Gläubiger adressiert ist.[2])

4. Auch bei Vollstreckung in das unbewegliche Vermögen kann der dritte Einstellung des Zwangsverfahrens durch Zahlung an das Vollstreckungsgericht erreichen (§ 75 ZVG.).

In allen Fällen aber, in denen nur vorläufige Einstellung der Zwangsvollstreckung erfolgen kann, ist Widerspruch des Schuldners und Fortsetzung des Verfahrens möglich, wenn nämlich das Gericht die Gründe des Gläubigers, der die Zwangsvollstreckung weiter betreiben will, anerkennt. Bei einer Fortsetzung sind aber wiederum nur die Rechtsbehelfe der §§ 767 und 769 ZPO. dem Schuldner gegeben. Verweigert er die Geltendmachung der Vollstreckungsgegenklage, so kann er vom dritten dazu gezwungen werden, weshalb bei Annahmeverzug des Gläubigers der dritte den Schuldner zur Ausübung der Rechte aus den §§ 767 und 769 ZPO. zwingen kann, falls ihm der Weg hierzu nicht zu weitläufig erscheint.[3])

Die tatsächliche Befriedigung, sei es durch Annahme der Zahlung seitens des Gläubigers, sei es durch Hinterlegung nach § 378 BGB. oder Aufrechnung bewirkt das Erlöschen des Schuldverhältnisses; ein Betreiben der Zwangsvollstreckung ist dann nicht möglich, da deren Hauptvoraussetzung durch die

---

[1]) Vgl. Gaupp-Stein, Komm. zu § 775 ZPO., II. S. 505.

[2]) Derselbe. 2. Bd., S. 506, II, Z. 5. „Nur der Postschein, nicht auch die Aufgabe eines Geldbriefes oder einer Wertsendung genügt."

[3]) Stolzenberg, S. 69 ff.

Befriedigung des Gläubigers weggefallen ist. Stellt das Gericht nicht von Amtswegen ein, so wird der Leistungsberechtigte die Einstellung des Zwangsverfahrens erzwingen müssen. Zwar kann der Gläubiger noch immer Hindernisse in den Weg legen, doch werden diese durch die Klage des dritten beseitigt werden. Die Zwangsvollstreckung wird aufgehoben, sobald der Schuldner oder der dritte bewiesen hat, daß der Gläubiger befriedigt ist. § 161 Abs. 2 ZVG. sagt: „Das Verfahren ist aufzuheben, wenn der Gläubiger befriedigt ist."

Im Zwangsversteigerungsverfahren erfolgt die Aufhebung desselben durch Rücknahme des Antrags gemäß § 29 ZVG. Diese kann aber vom Schuldner, wie auch vom leistungsberechtigten dritten nach den Vorschriften der ZPO. erstritten werden. Aufhebung der Mobiliarzwangsvollstreckung erfolgt durch Rücknahme des Auftrags, bei Zwangsvollstreckung in Forderungen durch Rücknahme des Antrags beim Vollstreckungsgericht. Auch hier wird der Gläubiger zur Rücknahme des Auftrages oder Antrages durch Klage gezwungen werden können [1])

Aber auch eine Widerspruchsklage wird dem dritten zuzubilligen sein, sobald er den Gläubiger befriedigt hat, denn dann betreibt jener Zwangsvollstreckung in einen Gegenstand, an dem der dritte ein die Veräußerung hinderndes Recht besitzt.

Meist wird die Erhebung solcher Klagen nicht erforderlich sein, da, sobald das Vollstreckungsgericht die Befriedigung des Gläubigers für erwiesen erachtet, von Amtswegen die Zwangsvollstreckung eingestellt wird.

§ 11. 2. gegenüber dem Schuldner. Übergang der Forderung.

Der rechtliche Charakter des Übergangs der Forderung kraft Gesetzes ist in der Literatur, weil sehr bestritten, ausführlich[2]) behandelt worden, weshalb nur die Ansichten der einzelnen Vertreter in dieser Streitfrage erörtert werden sollen.

Planck[3]) spricht dem Ablösungsrecht den Charakter eines Enteignungsrechtes zu, auf Grund dessen die Forderung übergeht:

---

[1]) Vgl. Henle zu § 161 ZVG., Z. 2, S. 176; Weißbart, S. 45 f. und Stolzenberg, S. 72 f.

[2]) Vgl. Stammler, S. 200 f., Stolzenberg, S. 74 bis 82 und die dort Zitierten.

[3]) Komm. zu § 268, 6, S. 57.

„Die Befriedigung des Gläubigers hat hier also nicht die Natur der Erfüllung der dem Gläubiger gegenüber bestehenden Verbindlichkeit, denn durch diese würde die Forderung untergehen. Es handelt sich vielmehr um ein dem dritten eingeräumtes Recht der Enteignung.“ Außer Remonten und krankem Vieh können aber nur Grundstücke enteignet werden, nie Geldforderungen.[1]) Ausführendes Organ ist der Staat, der nur auf Antrag zugunsten eines Privatmannes enteignet, wenn es sich um das öffentliche Wohl handelt, das aber im Falle des § 268 BGB. nicht in Betracht kommt. Die Behauptung Plancks, die Fassung des Gesetzes ließe keine andere Auffassung zu, ist irrig; denn „soweit der dritte den Gläubiger befriedigt, geht die Forderung auf ihn über.“ — Diese Wendung kehrt im BGB. in derselben Form öfter wieder.[2]) Nur in der Auslegung des § 268 Abs. 3 BGB. weicht Planck von der herrschenden Ansicht ab, während man doch annehmen muß, daß der Gesetzgeber jene stereotype Wendung stets in gleichem Sinne aufgefaßt wissen will. Aus diesen Gründen ist die Enteignungstheorie Plancks abzuweisen.[3])

Eine weitere Ansicht, die im gemeinen Recht vertreten war, daß „der gesetzliche Übergang der Forderung auf Grund eines Kaufes geschehe“, bekämpft Stammler.[4]) Wenn dem so wäre, müßten die Regeln über den Kauf Anwendung finden, wonach z. B. der Gläubiger für Verität und Bonität der Forderung haften

---

[1]) Eger, Preußisches Enteignungsgesetz vom 11. Juni 1874, S. 12 bis 15: „Das Gesetz bezieht sich, wie die Eingangsworte des § 1 ergeben, nur auf die Enteignung von Grundeigentum. Zwar spricht für die Enteignung beweglicher Sachen die gleiche ratio legis. Es lag daher die Frage nahe, ob nicht bei der Emanation eines allgemeinen Enteignungsbefehls auch die Enteignung beweglicher Sachen zu regeln sei, zumal die Theorie eine Beschränkung des Rechtsinstituts der Enteignung auf Immobilien prinzipiell nicht zuläßt. Gegen eine Ausdehnung des Gesetzes auf Mobilien wurde aber in den Motiven nicht ohne Grund geltend gemacht, daß die Fälle, in denen bewegliches Eigentum zu Armeebedürfnissen in Anspruch genommen werde, durch Spezialgesetze geregelt seien, namentlich der Zwangsverkauf der Mobilmachungspferde (Verordnung vom 24. Febr. 1834; Gesetz vom 12. September 1855), sowie die Landesauflagen bei Mobilmachung und ausbrechendem Kriege (Gesetz vom 11. Mai 1851; Verordnung vom 22. Sept. 1867).

[2]) Vgl. z. B. §§ 426, 774, 1143, 1225; ebenso in § 268 BGB.

[3]) Wie Planck: Siber, Der Rechtszwang in Schuldverhältnissen S. 251; Oertmann, Komm. zu § 268, 4, S. 67. Gegen Planck: Schollmeyer zu § 268, 3, S. 77; Stolzenberg, S. 74 bis 76 u. a.

[4]) S. 200 f.

würde. Dies würde aber, wie wir unten[1]) näher sehen werden, gegen den letzten Satz des § 268 verstoßen: „Der Übergang der Forderung kann nicht zum Nachteile des Gläubigers geltend gemacht werden." Nirgends finden sich im BGB. Andeutungen, daß der Übergang der Forderung ein Kauf sei. Auch die Fassung des § 268 selbst spricht dagegen. Läge Kauf vor, so müßte die Abtretung vom Gläubiger erzwungen werden, ein gesetzlicher Übergang fände nicht statt. § 268 BGB. hätte dann lauten müssen: „Betreibt der Gläubiger die Zwangsvollstreckung . . ., so hat jeder dritte . . . das Recht, vom Gläubiger die Abtretung seiner Forderung zu verlangen".[2])

Die herrschende Meinung in dieser Streitfrage geht dahin, daß der gesetzliche Übergang einer Forderung in Wirklichkeit ein Erlöschen derselben mit Regreßwirkung des Zahlenden gegen den Schuldner sei. Bahnbrechend für diese Ansicht ist Stammler[3]) gewesen, der zu folgendem Ergebnis gelangt: „Daß die Fassung des BGB. in den in Frage kommenden sieben Fällen nur ein kurzer Ausdruck dafür sei: um gesetzliche Ersatzansprüche, sowohl in ihrem Inhalt, als in ihrer möglichen Durchsetzung mit einem Worte zu kennzeichnen".[4])

Diese Ansicht könnte auf den ersten Blick überraschen, da der Ablösende meist aus einem anderen Rechtsverhältnisse regreßberechtigt sein wird, so daß entweder die Worte:

„soweit der dritte den Gläubiger befriedigt, geht die Forderung auf ihn über" überflüssig oder deren Inhalt falsch interpretiert wären. In vielen Fällen wird dem dritten ein Regreßrecht zustehen, das ihm dann neben dem gesetzlich geregelten Ersatzanspruch durch cessio legis zustehen wird; doch öfter, so besonders bei Geschäftsführung ohne Auftrag, wird ein Regreßanspruch schwerlich gegeben sein. Aus diesem Grunde dürfte die obige Auslegung auch praktisch sein. Auch der Umstand, daß in § 268 BGB. die in dem § 774 Abs. 1 stehenden Worte sich nicht finden:

„Einwendungen des Hauptschuldners aus einem zwischen

---

[1]) Vgl. §§ 12 und 13.

[2]) Vgl. Stammler, S. 202 f.; Hellmann, S. 238; Matthias, S. 159, IIb; Siber, S. 251; Stolzenberg, S. 76 bis 79; Weißbart, S. 47.

[3]) Vgl. Stammler, S. 203.

[4]) Derselben Ansicht sind die von Stolzenberg auf S. 80 Zitierten.

ihm und dem Bürgen bestehenden Rechtsverhältnisse bleiben unberührt"
ändert nichts an dem Charakter der cessio legis des § 268. Diese Worte wollen, m. E. überflüssig, noch einmal besonders kennzeichnen, daß die Einwendungen aus anderen Rechtsverhältnissen bestehen bleiben.[1]) Ob nun jene Worte in § 268 BGB. vom Gesetzgeber geschrieben sind oder nicht, ist für den rechtlichen Charakter vollständig irrelevant; sagt doch Stammler[1]) sehr treffend:

„Der Grundgedanke einer kraft Gesetzes übergehenden Forderung ist sachlich derselbe".[2])

Die Folgen, die sich an einen gesetzlichen Übergang der Forderung knüpfen, regelt gemäß § 412 BGB. der allgemeine Abschnitt über die vertragsmäßige Abtretung solcher. § 412 sagt:

„Auf die Übertragung einer Forderung kraft Gesetzes finden die Vorschriften der §§ 399 bis 404; 406 bis 410 entsprechende Anwendung."

So können also der Pfändung nicht unterworfene Forderungen, wenn cessio legis vorliegt, nicht übergehen. Dem würde § 400 BGB. entgegenstehen.

Weitere Konsequenzen ergeben sich aus den §§ 401, 402, wonach mit der Forderung auch die Hypotheken oder Pfandrechte übergehen, wonach ferner der bisherige Gläubiger dem neuen Gläubiger die in seinem Besitz sich befindenden, zum Beweise der Forderung dienenden Urkunden herauszugeben hat. § 403 BGB. gibt dem Gläubiger auch das Recht, eine öffentlich beglaubigte Urkunde vom abgelösten Gläubiger zu verlangen.[3])

B. Mängel.

§ 12. 1. Haftung für Existenz der Forderung und Solvenz des Schuldners.

Aus dem rechtlichen Charakter des Überganges einer Forderung kraft Gesetzes folgt notwendig, daß der alte Gläubiger

---

[1]) Stammler, S. 204.

[2]) Verwiesen sei auf den von Weißbart S. 48 aufgestellten, durchschlagenden Grund für die Richtigkeit der obigen Ausführung über den rechtlichen Charakter des gesetzlichen Übergangs einer Forderung.

[3]) Näheres Stolzenberg, S. 87 bis 92.

dem dritten weder für Bonität noch Verität der Forderung haftet.

Eine Haftung gemäß § 437 BGB. annehmen zu wollen, wäre vollständig irreführend, da der Übergang einer Forderung kraft Gesetzes kein Kauf ist. Die Literatur[1]) hat demnach sich auch einstimmig verneinend für die Haftung des alten Gläubigers ausgesprochen.

Wenn aber auch eine Schadensersatzklage gegen den alten Gläubiger, weil die abgelöste Forderung nicht bestand, unmöglich ist, so wird man doch gegen ihn eine Bereicherungsklage anstrengen können.[2]) Durch die Ablösung soll die Lage des dinglich Berechtigten zum Schuldner sicherlich nicht schlechter gestellt werden, im Gegenteil will jener durch die Ablösung den ihm drohenden Verlust eines Rechts durch Zahlung abwenden. Sollte nun der alte Gläubiger durch die Ablösung bereichert werden, so ist es recht und billig, daß er die Bereicherung herauszahlt. Diesem widerspricht auch nicht etwa der letzte Satz des § 268 BGB., wonach der Übergang der Forderung nicht zum Nachteile des Gläubigers geltend gemacht werden kann.

Schon im Fall des § 267 BGB.[3]) steht dem dritten, der eine nicht bestehende fremde Schuld gezahlt hatte, gegen den Gläubiger eine condictio indebiti zu, umso mehr im Falle des § 268, der geschaffen ist, um die Lage des dritten, der ein dingliches Recht geltend macht, zu bessern.[4]) Wenn demnach auch keine volle Haftung wegen der nicht bestehenden Forderung gegeben ist, so ist dem ablösenden Gläubiger doch eine Bereicherungsklage zuzubilligen.

Eine Haftung für Solvenz des Schuldners ist erst recht nicht möglich; haftet doch nicht einmal der Käufer für die Zahlungsfähigkeit des Schuldners, er hätte denn die Haftung ausdrücklich übernommen (§ 438 BGB.).

§ 13. 2. Der Übergang kann nicht zum Nachteil des Gläubigers geltend gemacht werden.

Der zweite Satz des Abs. 3 § 268 BGB. ist aus Billigkeitsrücksichten in das Gesetz aufgenommen worden. Durfte der die

[1]) Vgl. Stolzenberg, S. 93 und die dort Zitierten.
[2]) Schollmeyer zu § 268, 5, S. 77 bis 79.
[3]) S. 22.
[4]) Stolzenberg, S. 93 und 94.

Zwangsvollstreckung betreibende Gläubiger hoffen, seine Befriedigung aus dieser zu erlangen, so soll er durch das Dazwischentreten eines dritten nicht schlechter gestellt sein. Soweit der Gläubiger nicht durch den dritten in seiner Lage geschmälert wird, soll der Übergang der Forderung auf den Ablösenden gestattet sein. Die Billigkeit verlangt, daß der Gläubiger keinen Nachteil durch das Eingreifen des dritten erleide. Von diesem Gesichtspunkte aus aber mit Planck[1]) zu folgern, daß der Richter bereits von Amtswegen die Unzulässigkeit der Geltendmachung des Übergangs in dem Prozeß zwischen dem Gläubiger und dritten berücksichtigen müsse, wenn sich nur aus den Verhandlungen ergäbe, daß die Geltendmachung dem Gläubiger zum Nachteile gereicht, dürfte zu weit führen. Man wird wohl eher Schollmeyers[2]) Ansicht zustimmen, wonach der alte Gläubiger den ihm drohenden Nachteil, wenn der Übergang gegen ihn selbst geltend gemacht ist, durch Einrede abwenden kann; im Fall der Zwangsvollstreckung würden ihm die §§ 766, 771, 805, 876 der ZPO. und § 115 ZVG. zur Seite stehen. Aus der Fassung des § 268 BGB. läßt sich kein Anhalt für die Plancksche Ansicht finden. Dem alten Gläubiger steht es frei, seinen Anspruch so zu sichern, daß er von Amtswegen berücksichtigt werden muß, er braucht nur den ihm zustehenden Rang im Grundbuche eintragen zu lassen. Ein Beispiel möge zeigen, wie eine amtliche Berücksichtigung jenes zweiten Satzes des Abs. 3 § 268 nicht zu rechtfertigen ist:

A. 10 000 ℳ 1. Hypothek
B. 8 000 „ 2. „

A. betreibt die Zwangsvollstreckung, so daß dem B. Verlust seiner zweiten Hypothek droht. B. löst deshalb den A. zu einem Betrage von 6000 ℳ ab, der annimmt und auch den Antrag auf Zwangsversteigerung zurücknimmt. Wie ist nun die Reihenfolge?

A. 4000 ℳ 1. Hypothek
B. 6000 „ 1. „
B. 8000 „ 2. „

oder:

B. 6000 ℳ 1. Hypothek
A. 4000 „ 1. „
B. 8000 „ 2. „

[1]) Komm. zu § 268, 8, S. 57 f. Dieselbe Ansicht vertrat schon vorher Weißbart, S. 53.
[2]) Komm. zu. 268, 5, S. 77 bis 79; Stolzenberg, S. 96.

Sofern nichts vereinbart ist, greift gemäß § 268 Abs. 3 S. 2 die erste Ordnung durch. Dem Richter kann aber nicht zugemutet werden, etwaige Vereinbarungen, die möglich sind, von Amtswegen zu berücksichtigen, zumal die Partei selbst keinen wesentlichen Wert darauf legt, denn sonst würde sie Eintragung in das Grundbuch beantragt haben. Dazu ist der Gläubiger nicht verpflichtet, muß aber dann, um keine Nachteile zu erleiden, sein Vorrecht einredeweise geltend machen.

Nur einige Fälle seien kurz berührt, in denen die Vorschrift des Abs. 3 § 268 praktisch wird:

Außer dem bereits erwähnten Fall, wonach die Teilhypothek des alten Gläubigers der des neuen vorgeht, es sei denn etwas anderes vereinbart, spielen die oben erwähnten §§ 401 bis 403 BGB. eine gewisse Rolle. Haftet die Hypothek oder das Faustpfand noch für andere Forderungen, als die abgelösten, so wird der Ablösende die Hypothek oder das Pfand nicht erlangen können. Ebenso bei Herausgabe einer Beweisurkunde, die zugleich Beweis über eine zweite, dem alten Gläubiger zustehende Forderung erbringt. Auch hier ist der alte Gläubiger zur Herausgabe der Urkunde nicht verpflichtet.[1])

Das Hauptanwendungsgebiet des Satzes, daß der Übergang der Forderung nicht zum Nachteile des Gläubigers geltend gemacht werden kann, zeigt sich vor allem dann, wenn der Teil, der den alten Gläubiger abgelöst hat, Befriedigung vom Schuldner zu erlangen sucht, hierbei aber mit noch bestehenden Rechten des alten Gläubigers in Kollision kommt; so vor allem, wenn der Gläubiger nur teilweise vom Ablösenden befriedigt worden war und der Schuldner in Konkurs fällt. Auch hier geht der alte Gläubiger dem neuen bez. seiner Restforderung vor.[2])

Einen interessanten Fall hat das Oberlandesgericht Hamburg (Rechtsprechung der Oberlandesgerichte 8. Bd. S. 429) entschieden, wonach § 268 Abs. 3 S. 2 auch dann zur Anwendung kommt, wenn der drohende Nachteil nur ein tatsächlicher ist.

---

[1]) Vgl. auch Schollmeyer, Komm. zu § 268, S. 78; Stolzenberg, S. 95 bis 98.

[2]) Schollmeyer, Komm. zu § 268 S. 78 bis 79; Stolzenberg, S. 95 bis 98.

III. Teil.

Das Verhältnis der §§ 267 und 268 zu einander.

§ 14. Das Eingriffsrecht des dritten.

Eine Fülle juristisch interessanter Fragen ergibt sich aus der Gegenüberstellung der §§ 267 und 268. Scheinbar eine Einheit[1]) bildend, sind beide Paragraphen in ihren Grundelementen vollständig verschieden. Der vom Bundesrat geschaffene § 268 sollte nicht § 267 ergänzen, er ist nicht eine besondere Art der Erfüllung durch dritte, vielmehr bildet das Ablösungsrecht ein Rechtsinstitut für sich. Nur äußerlich bilden beide Paragraphen eine Einheit.

Inwieweit nun Voraussetzungen und Wirkungen der Erfüllung durch dritte i. e. S. von dem Ablösungsrechte abweichen, soll im dritten Teil behandelt werden.

Der erste große Unterschied beider Rechtsinstitute zeigt sich bei der Untersuchung der Motive und Rechte des handelnden Subjekts, des dritten. Während § 267 das Bewirken der Leistung seitens eines dritten zuläßt, spricht § 268 von einem Recht, den Gläubiger zu befriedigen. Demgemäß gibt § 267 dem dritten kein eigenes Recht im Gegensatz zum Ablösungsrecht, wo dem dinglich Berechtigten ein Rechtsanspruch gegen den alten Gläubiger zugebilligt wird. Es ist demnach die Leistungsmöglichkeit nie mit der Leistungsberechtigung zu identifizieren. Öfter kommt es vor, daß die Ausdrucksweise „ein dritter darf die Leistung erbringen“ als Leistungsberechtigung des dritten gedeutet wird. Eingewendet könnte werden, daß die Anwendung des § 267 auch Rechtswirkungen, so vor allem den Annahmeverzug des Gläubigers habe, den der dritte herbeiführt. Hat dieser dann einen Rechtsanspruch auf Erfüllung? Zwar setzt der dritte den Gläubiger in Annahmeverzug, doch nicht sich, sondern dem Schuldner gegenüber. Er ist gleichsam nur Vertreter des Schuldners, der

[1]) Fischer-Henle faßt S. 144 beide Paragraphen unter dem Titel „Erfüllung durch dritte“ zusammen. Verfasser hat sich der Ausdrucksweise angeschlossen, um beide Rechtsinstitute unter einem gemeinsamen Namen behandeln zu können.

aber in eignem Namen[1]) handelt. Die Erfolge, deren Ursache der dritte setzt, wirken nicht für ihn; demnach ist kein Recht des dritten vorhanden. Man kann nur von einer Anbietungsbefugnis reden. Anders in § 268 BGB. Hier löst der dinglich berechtigte dritte kraft eigenen Rechtes ab; die eintretenden Folgen wirken zu seinen Gunsten, so die Aufhebung der Zwangsvollstreckung, der Übergang der Forderung usw.[2])

Öfter wird es zweifelhaft sein, ob § 268, obwohl dem dritten ein selbständiges Recht zusteht, Anwendung finden darf. Diese Frage allgemein zu entscheiden, ist unmöglich, da jeder Fall anders liegen kann; doch wird die Entscheidung meist aus den Motiven des zahlenden dritten ersichtlich sein. Im allgemeinen werden §§ 267 und 268 einander ausschließen schon wegen der verschiedenen Voraussetzungen, die zu ihrer Anwendung nötig sind. Der Fall, daß ein dritter mit der Wirkung des Regreßrechts zu zahlen befugt ist, schließt stets den Fall in sich, daß er zahlen kann (§ 267). § 268 will bedrohte Rechte schützen. Dieser Hauptzweck des Ablösungsrechts ist stets im Auge zu behalten, um die trennende Linie zu ziehen. Der das Ablösungsrecht geltend machende Gläubiger wird meist gezahlt haben, um seine durch die Zwangsvollstreckung bedrohten Rechte zu schützen. Er will die abgelöste Forderung durch Tilgung der Schuld selbst erwerben. Zahlt aber nun der Ablösende in Schenkungsabsicht, dann wird § 268 keine Anwendung finden können, denn zur Geltendmachung des Ablösungsrechtes gehört — im Gegensatz zum § 267, wo der animus solvendi genügt — außer diesem noch der animus recipiendi.[3]) Deshalb kann nur § 267 Anwendung finden, wobei auf die frühere[4]) Darstellung bezüglich der Rechte, die dem in Schenkungsabsicht gezahlt habenden dritten gegenüber dem alten Gläubiger oder Schuldner zustehen, verwiesen sei.

Ein anderer eigentümlicher Fall ist gegeben, wenn der dritte als bösgläubiger Rechtserwerber die Leistungsberechtigung geltend macht. Vorsätzlich oder grob-fahrlässig verschafft er sich das dingliche Recht an dem Gegenstande, um das Ablösungsrecht geltend zu machen, sofern nur ein Gläubiger die Zwangsvollstreckung betreibt. Zwar wird in diesem Falle

---

[1]) S. 13.
[2]) S. §§ 10 bis 13.
[3]) S. 36. Stolzenberg, S 82 bis 87.
[4]) S. 15.

der alte Gläubiger voll befriedigt, doch widerspricht es der ganzen Rechtsordnung und insbesondere dem Zweck des § 268, bedrohte Rechte zu schützen, diesem bösgläubigen Rechtserwerber ein Ablösungsrecht zu gewähren. Wer sich dolos in die Gefahr setzt, Rechte zu verlieren, verdient nicht, daß seine Rechte geschützt werden. Der dritte kann nach § 267 den Gläubiger befriedigen, aber weder dem alten Gläubiger gegenüber aufrechnen oder hinterlegen, noch die Forderung dem Schuldner gegenüber erwerben.[1])

Die Anwendung des § 268 ist ferner ausgeschlossen, wenn dem Ablösungsberechtigten ein anderes Mittel zur Abwendung der Zwangsvollstreckung zustand, er läuft nicht Gefahr, ein Recht an dem Gegenstande zu verlieren. § 268 will eben nur den schützen, der auf keinem anderen Wege geschützt ist.[2]) So werden z. B. diejenigen, die die Widerspruchsklage oder ein anderes aus den §§ 766 oder 805 der ZPO. resultierendes Recht geltend machen können, nie das Recht zu hinterlegen oder aufzurechnen haben. Erbringen diese die Leistung aber tatsächlich, so werden die Folgen ihrer Handlungsweise nur nach den allgemeinen Vorschriften des § 267 zu beurteilen sein. Ebenso wird die Geltendmachung des Ablösungsrechtes ausgeschlossen sein, sobald derjenige, der seine Rechte bei der Vollstreckung in Immobilien bis zum Tage der Versteigerung anmelden darf, dies unterläßt.[3])

§ 15. Beschaffenheit der Forderung.

Die Forderung des zu befriedigenden Gläubigers ist in den §§ 267 und 268 ganz verschieden gestaltet.

Eine Anbietungsbefugnis nach § 267 hat der dritte nur bei nicht vom Schuldner persönlich zu erbringenden Leistungen.[4]) Auch im § 268 wird der alte Gläubiger sich nicht von einem dritten, der ein Recht an jenem Gegenstande hat, in den zwangsvollstreckt wird, befriedigen zu lassen brauchen, sobald die zu erbringende Geldleistung höchst persönlich ist. Bezüglich der Geldstrafe[5]) ist diese Ansicht bei weitem die vorherrschende;

---

[1]) Vgl. §§ 16 und 17.

[2]) S. 29.

[3]) S. 36.

[4]) Vgl. § 2.

[5]) Vgl. § 8, S. 29 f.; Schollmeyer, Komm. zu § 268, 2a, S. 75; Stolzenberg, S. 15.

bestritten ist sie jedoch, wenn persönliche Leistung vereinbart wurde, sofern nicht ein höheres Recht, wie z. B. das des Staates auf Strafe an dem Delinquenten, konkurriert.[1]) M. E. darf dem dinglich Berechtigten ein Ablösungsrecht nicht zugestanden werden. Eine persönliche Leistungspflicht wird der Gläubiger doch nur dann eingehen, wenn er an der Leistung durch den Schuldner in persona höchstes Interesse hat. Dies wird aber auch dann der Fall sein, wenn der Gläubiger z. B. eine Vertragsstrafe zu fordern berechtigt ist. Auch hier dürfte ein Ablösungsrecht nicht zu gewähren sein.

Bei Anwendung des § 268 wurde in Vorstehendem bereits immer nur von einer Geldforderung, wegen deren die Zwangsvollstreckung erfolgte, gesprochen.[2]) Es wurde ausgeführt, daß die Ablösung wegen eines dem Gläubiger geschuldeten Tuns oder Unterlassens nicht denkbar sei, da der Leistungsberechtigte ein dingliches Recht an solchem nicht haben kann. Wohl aber ist es einem dritten gemäß § 267 möglich, eine Handlung zu erbringen, sofern persönliche Leistung nicht versprochen ist, noch das Gesetz solche präsumiert. Der Eintritt des dritten für eine vom Schuldner versprochene Unterlassung ist auch im Fall des § 267 unmöglich, denn unterlassen kann nur der Schuldner; sein Wille ist maßgebend.

Wie eine geschuldete Handlung oder Unterlassung Anwendung des § 268 nicht zuläßt, ebenso wenig ist ein Ablösungsrecht zu gewähren, wenn der Gläubiger wegen einer Forderung auf Leistung einer bestimmten Quantität anderer vertretbarer Sachen als Geld oder auf Herausgabe einer nicht vertretbaren Sache die Zwangsvollstreckung betreibt, denn der dritte verliert durch letztere weder ein Recht, noch den Besitz.[3]) Im Falle des § 267 wird hier Befriedigung durch dritte stets möglich sein.

---

[1]) Schollmeyer, Komm. zu § 268 S. 75; a. A.: Planck, Komm. zu § 268, S. 56: „Voraussetzung ist nicht, wie im Falle des § 267, daß die Verbindlichkeit, wegen deren die Zwangsvollstreckung erfolgt, von dem Schuldner nicht in Person zu vertreten ist.“ — Planck folgert daraus weiter: „Das hier fragliche Recht ist also auch dann begründet, wenn es sich um eine Verbindlichkeit zur Entrichtung einer Geldstrafe handelt.“

Der ersteren Behauptung Plancks schließt sich Stolzenberg (S. 10) an.

[2]) In § 8 wurde nachgewiesen, daß derjenige, der die Zwangsvollstreckung betreibt, stets nur persönlicher Gläubiger aus einer Geldforderung sein kann.

[3]) Vgl. S. 23.

Man gelangt demnach zu dem Ergebnis, daß die Forderung des Gläubigers gegen den Schuldner bei der Leistungsberechtigung des § 268 stets nur eine Geldforderung sein kann, während § 267 auch dann Anwendung findet, wenn die Forderung auf eine andere vertretbare Sache als Geld geht, wenn nur dieselbe Quantität dieser Fungibilien geleistet wird, oder der dritte die vom Schuldner dem Gläubiger nicht persönlich zu erbringende Handlung vornimmt.

§ 16. Der Zeitpunkt und die Zeitdauer der Ausübung der Rechte aus den §§ 267 und 268.

Der Zeitpunkt, von dem ab frühestens das Recht aus § 268 BGB. geltend gemacht werden kann, ist von dem Moment, von dem die Anbietungsbefugnis des § 267 statthaft ist, wesentlich verschieden. Als den für die Geltendmachung der Leistungsberechtigung dritter maßgebenden Zeitpunkt setzt § 268 das Eingreifen richterlicher Organe bei Pfändung oder Beschlagnahme voraus.[1]) Im § 267 ist dagegen ein bestimmter Zeitpunkt, von dem ab die Anbietungsbefugnis statthaft ist, nicht gegeben, er ergibt sich vielmehr aus der geschuldeten Leistung selbst. Die allgemeinen Regeln finden hier Anwendung. Da der dritte die Leistung so zu bewirken hat, wie der Schuldner, so kann er auch nicht früher die Leistung anbieten, als der Schuldner zu leisten berechtigt ist. Die Forderung muß also vor allem vom Schuldner erbracht werden dürfen. Wann dies der Fall ist, ergibt sich entweder aus dem Vertrag oder aus der Vorschrift des § 271 BGB., wonach der Gläubiger eine Leistung, für welche eine Zeit weder bestimmt, noch aus den Umständen zu entnehmen ist, sofort verlangen, der Schuldner sie sofort bewirken kann. Die Anbietungsbefugnis des dritten datiert in diesem Falle von der Entstehung des Rechtsverhältnisses an. Dieses „sofort" des angezogenen Paragraphen wird aber cum grano salis zu nehmen sein. Leiht z. B. jemand einem dritten ein verzinsliches Darlehn auf unbestimmte Zeit, so wird § 609 BGB. zur Anwendung zu bringen sein, wonach der Gläubiger oder Schuldner erst zur Kündigung des Darlehns verpflichtet sind. Demnach kann nicht vom Zeitpunkt der Kündigung, geschweige vorher, gezahlt oder von einem dritten angeboten werden, sondern erst nach Ablauf der Frist. Abs. 2 des § 271 BGB. ist zugunsten des Schuldners getroffen,

[1]) S. 25.

wonach, wenn eine Zeit bestimmt ist, der Gläubiger im Zweifel die Leistung nicht vor dieser Zeit verlangen, der Schuldner sie aber vorher bewirken darf. Auch hier ist der dritte befugt, von Entstehung des Rechtsverhältnisses an zu zahlen.

Ist der Zeitpunkt, von dem ab die Rechte aus §§ 267 und 268 geltend gemacht werden können, ein verschiedener,[1]) so weicht auch die Dauer der Ausübung der Leistungsberechtigung von der allgemeinen Befriedigung durch dritte erheblich ab. Das Ablösungsrecht des § 268 kann nur im Stadium der Zwangsvollstreckung geltend gemacht werden, ja es kann, wie oben[2]) nachgewiesen, schon früher erlöschen, sei es mit dem Zuschlag bei Zwangsvollstreckung in Immobilien (§ 91 ZVG.), sei es durch Übergabe der versteigerten, beweglichen Sache (§ 1242 BGB. in Verbindung mit §§ 929 ff. BGB.).

In § 267 ist ein Zeitpunkt, wann die Anbietungsbefugnis endigt, nicht bestimmt; aus der Sachlage des einzelnen Rechtsverhältnisses muß sich die Zeitdauer der Geltendmachung jener Befugnis ergeben. Wie das Ablösungsrecht durch Erbringen der geschuldeten Leistung, sei es vom Schuldner oder einem dritten, vernichtet wird, ebenso beendet die erbrachte Leistung an den Gläubiger die Anbietungsbefugnis des dritten. Danach kann ein dritter die Leistung des Schuldners dem Gläubiger so lange anbieten, als dieser Erfüllung verlangen darf. Der Zeitpunkt kann auch nach Aufhebung der Zwangsvollstreckung liegen, wenn der Gläubiger nicht vollständig durch eine vorhergegangene Zwangsvollstreckung befriedigt worden war. Dann kann immer noch ein dritter für den Schuldner den Rest der Leistung bewirken. Die Anbietungsbefugnis des dritten wird in den meisten Fällen früher beginnen und später enden als die Leistungsberechtigung nach § 268 BGB.

§ 17. Einwirkung des Schuldners auf die Rechtslage.

Der sich zu einer Leistung verpflichtende Schuldner kann von vornherein dadurch auf das Rechtsverhältnis, das zwischen ihm und dem Gläubiger entstehen soll, einwirken, daß er mit dem Gläubiger persönliche Leistung vereinbart. Dadurch ist jedem dritten die Befugnis genommen, für den Schuldner nach

[1]) Der Kürze halber sei gestattet, die Anbietungsbefugnis des § 267 in Verbindung mit § 268 als „Rechte aus den §§ 267 und 268“ zu bezeichnen.

[2]) S. 28.

§ 267 leisten zu können. M. E. gilt dies auch, wenn der Fall des § 268 eintreten sollte[1]), denn meist wird der Gläubiger nicht auf persönliche Leistungspflicht des Schuldners eingehen, zumal wenn es sich um eine Geldforderung handelt. Höchstens hätte bei einer Konventionalstrafe, die den Schuldner persönlich treffen soll, persönliche Leistungspflicht einen Sinn. Ist beim Abschluß des in Frage kommenden Rechtsverhältnisses nichts vereinbart, auch keine gesetzliche Präsumption für persönliche Erfüllung vorhanden, so greifen folgende Bestimmungen ein:

Nach § 267, Abs. 2 ist dem Schuldner ein Widerspruchsrecht gegen die von einem dritten seinem Gläubiger angebotene Leistung gegeben. Dies Recht des Schuldners versagt jedoch, falls der Gläubiger es nicht beachtet. Nichtsdestoweniger ist das Widerspruchsrecht auf die Rechtslage von größter Bedeutung, denn sobald der Schuldner nicht widerspricht, muß der Gläubiger annehmen, um nicht in Annahmeverzug zu kommen. Der Schuldner setzt also dadurch, daß er Widerspruch erhebt, erst die Ursache zu dem Recht des Gläubigers, die Leistung des dritten ablehnen zu dürfen. Der Gläubiger kann demnach vom dritten zur Annahme nicht gezwungen werden, selbst dann nicht, wenn der Schuldner nicht widersprochen hat. Anders wiederum im Falle des § 268. Hier hat der Ablösungsberechtigte ein eigenes Recht, das keinen Widerspruch des Schuldners duldet. Hier kann der dinglich Berechtigte nach § 378 BGB. hinterlegen, wenn der Gläubiger die Annahme verweigert. Eine weitere Konsequenz ergibt sich aus dem dem Schuldner zustehenden Widerspruchsrecht, da es auf die Rechtslage direkt einwirkt. Hat der dritte gemäß § 267 das zwischen Gläubiger und Schuldner bestehende Rechtsverhältnis zum Erlöschen gebracht, so kann er in den meisten Fällen Regreß nach den Vorschriften über Geschäftsführung ohne Auftrag vom Schuldner nehmen. Hatte dieser aber der Leistung widersprochen, so sind die Voraussetzungen des § 683 BGB. nicht gegeben, wonach der dritte Ersatz seiner Aufwendungen erhalten könnte, denn die Anwendung des § 683 BGB. verlangt subjektiv den wirklichen oder mutmaßlichen Willen des Vertretenen. Die Handlung des dritten wird beim Widerspruche des Schuldners dessen Willen nicht entsprechen. Aus diesem Grunde steht nach erfolgtem Wider-

[1]) S. 51 f.

spruch des Schuldners dem dritten keine Regreßforderung zu; eine Klage auf Herausgabe der ungerechtfertigten Bereicherung ist ihm aber zuzubilligen.[1]) Widerspruchsrecht im Falle des § 268 würde auch bezüglich des Regresses ganz bedeutungslos sein, da die Forderung kraft Gesetzes übergeht. Der Gesetzgeber hat demnach nur im Fall des § 267 ein Widerspruchsrecht gegeben.

§ 18. Ausübung der beiden Rechtsinstitute.

Verschiedenen Inhalts ist das Recht der Personen, denen die Ausübung der aus den §§ 267 und 268 entspringenden Rechte zusteht. Wir sahen bereits, daß der dritte nach § 267 ein eigenes Recht gar nicht hat, während der Leistungsberechtigte nach § 268 eigenes Recht geltend macht. Jener handelt in fremdem Interesse, dieser aber in eigenem. Schon dieser Umstand beweist, daß dem dritten gemäß § 267 ein Ablösungsrecht nie zustehen kann. Abgesehen von den bereits erörterten Fällen persönlicher Erfüllungspflicht[2]) kann jeder dritte die Leistung nach § 267 bewirken, während ein Ablösungsrecht erst dann gegeben ist, wenn der dritte an dem Gegenstande, in den die Zwangsvollstreckung erfolgt, ein dingliches Recht hat. Steht der dritte im Fall des § 267 in gar keiner Beziehung zum Rechtsverhältnisse des Gläubigers und Schuldners, so hat er, schon bevor der Fall des § 268 gegeben ist, ein gewisses Interesse an der Leistungsfähigkeit des Schuldners, steht er doch selbst mit ihm in Rechtsverbindung. Am Schuldverhältnis zwischen Gläubiger und Schuldner ist auch der dritte, bevor nicht der Fall des § 268 eingetreten ist, nicht beteiligt, da er nicht weiß, ob in den ihm dinglich verstrickten Gegenstand Zwangsvollstreckung betrieben wird. Trotzdem hat der dritte an der Rechtslage des Schuldners Interesse, schon wegen des eventuellen Eintritts des § 268 im Gegensatz zum § 267, wo ein Rechtsinteresse überhaupt nicht besteht. § 267 ist für diejenigen geschaffen, die ein aus Freundschaft oder Verwandtschaft entspringendes Affektionsinteresse am Wohlergehen des Schuldners haben. Anders in § 268. Hier hat der dritte eigenes, in seiner Person begründetes Interesse, wobei die Stellung des Schuldners nicht angesehen wird. Der Ablösungsberechtigte handelt nicht immer im Interesse des Schuldners; er verlangt vom Schuldner dieselbe Leistung, die

[1]) S. 19.
[2]) Vgl. § 2.

dieser dem alten Gläubiger geschuldet hat, vielleicht nur etwas rücksichtsvoller und weniger scharf vorgehend als jener. So wird der Schuldner bezüglich der Forderung um nichts gebessert sein, während im Fall des § 267 stets zugunsten des Schuldners gehandelt wird.

Eine weitere Frage ergibt sich bei der Behandlung des Subjekts der Rechte aus den §§ 267 und 268. Wer von mehreren Ablösungsberechtigten oder anbietenden dritten hat den Vorrang, die Leistung an den dritten bewirken zu dürfen? Weder die §§ 267 und 268, noch sonst eine Stelle im BGB. enthalten eine diese Frage entscheidende Bestimmung.[1]) Es wird sich zeigen, daß ein Vorrangsrecht überhaupt nicht besteht.

Wird der alte Gläubiger von einem Ablösungsberechtigten befriedigt, so ist das Ablösungsrecht aller anderen erloschen. Betreibt nun derjenige, auf den die Forderung kraft Gesetzes übergegangen ist, die Zwangsvollstreckung, so haben die dinglich Berechtigten ein Ablösungsrecht gegen den, der früher abgelöst hat. So geht es weiter, bis nur ein Ablösungsberechtigter noch vorhanden ist, wenn nicht inzwischen die Leistungsberechtigung überhaupt unmöglich geworden ist.

Wem das Ablösungsrecht zuerst zusteht, ist, da keine dahingehende Bestimmung getroffen, nach Zweckmäßigkeitsgründen zu entscheiden. So gilt vor allem Präventionsprinzip. Derjenige, der das Ablösungsrecht zuerst geltend macht, erwirbt die Forderung; ebenso wird derjenige, der nach § 267 zuerst anbietet, den Gläubiger dem Schuldner gegenüber in Verzug setzen, wenn der Gläubiger die Annahme verweigert. Schwieriger ist die Frage zu beantworten, wer von mehreren gleichzeitig Anbietenden oder Ablösenden die erste Stelle einzunehmen berechtigt ist.

Dem Gläubiger im Fall des § 268 die Wahl zu lassen, welche Leistung er annehmen will, dürfte wohl nicht dem Zwecke des Paragraphen entsprechen. § 268 ist zugunsten des Ablösungsberechtigten, nicht zugunsten des Gläubigers geschaffen, sein Zweck ist der Schutz bedrohter Rechte. Daher wird der Gläubiger die Leistung desjenigen annehmen müssen, der durch die Zwangsvollstreckung den größten Schaden erleiden würde.[2]) Nimmt

---

[1]) Vgl. die Verhandlungen bezüglich des dem § 268 ähnelnden § 1150 BGB. seitens der ersten Kommission, die zu dieser Frage Stellung zu nehmen ausdrücklich ablehnte. Motive III, S. 692.

[2]) a. A.: Stolzenberg, S. 64.

der Gläubiger aber dolos oder fahrlässig von einem anderen Ablösungsberechtigten an, so wird er dem übergangenen Ablösungsberechtigten nach den Regeln der unerlaubten Handlungen schadensersatzpflichtig sein. Insofern könnte man allerdings von einem Rang der Leistungsberechtigten sprechen. Nimmt der Gläubiger aber ohne jedes Verschulden die Leistung eines minder Benachteiligten an, so wird auch ein Regreß des Ablösungsberechtigten, der den größten Schaden erleidet, gegen den Gläubiger nicht begründet sein. Nimmt der Gläubiger keine ihm angebotene Leistung an, so kommt er in Verzug. Gemäß § 268, Abs. 2 können die Ablösungsberechtigten nach § 378 BGB. hinterlegen. Auch hier entscheidet Prävention, denn die erste Hinterlegung unter Verzicht auf Rücknahme tilgt die Forderung des Gläubigers. Haben die anderen Leistungsberechtigten gleichfalls hinterlegt, so sind deren Hinterlegungen nichtig und können nach den Regeln der ungerechtfertigten Bereicherung von der Hinterlegungsstelle zurückgefordert werden. Gleichzeitige Hinterlegung dürfte selten vorkommen; wenn dieser Umstand aber eintritt, dann kommen dieselben Regeln wie bei tatsächlicher Anbietung der Leistung zur Anwendung. Praktisch wird beides selten vorkommen, da meist Prävention entscheiden wird. Ebenso ist es auch bei der Aufrechnung, wo gleichzeitige Geltendmachung der Aufrechnung allerdings öfter geboten sein wird. Auch hier ist aus dem Zweck des § 268 zu folgern, daß die Aufrechnung desjenigen, der durch die Zwangsvollstreckung den größten Schaden erleiden würde, die Forderung des Gläubigers tilgt, wodurch diese auf ihn übergeht.[1])

Bei Anwendung des § 267 ist Hinterlegung oder Aufrechnung nicht möglich, wohl aber eine gleichzeitige Anbietung der Leistung von mehreren dritten denkbar. Hierbei dürfte der Grundsatz des § 268 nicht durchgreifen, da den einzelnen dritten keine positiven Rechte zustehen. Der Gläubiger hat die Wahl, welche von den ihm angebotenen Leistungen er annehmen will. Die Nichtannahme aller ihm angebotenen Leistungen setzt ihn nur einmal, nämlich dem Schuldner gegenüber, in Verzug. Hinterlegung kann dann nur der Schuldner selbst bewirken, nicht wie im Fall des § 268 auch die Leistungsberechtigten.

Die Gegenüberstellung der §§ 267 und 268 ergeben bezüg-

[1]) Für den Fall der Aufrechnung gelangt Stolzenberg (S. 64) zu demselben Ergebnis. Vgl. auch BGB. § 366, Abs. 2.

lich der Ausübung der aus ihnen entspringenden Rechte einen besonders wichtigen Unterschied. Den Worten des § 267 „. . ., so kann auch ein dritter die Leistung bewirken", steht in § 268, Abs. 2 gegenüber: „Die Befriedigung kann auch durch Hinterlegung oder Aufrechnung erfolgen." Daraus ergibt sich mit zwingender Notwendigkeit, daß die Bewirkung der Leistung in § 267 keine Hinterlegung und Aufrechnung duldet. Schwerlich kann man unter „Bewirken der Leistung" die Erfüllungssurrogate mitverstehen. Den Gegensatz zum Bewirken „der Leistung" bildet das „Befriedigen", was allerdings die Erfüllungssurrogate mit umfaßt. Selbst für den Fall, daß „Bewirken der Leistung" und „Befriedigen" dasselbe sagen wollten, würde im § 267 eine Hinterlegung oder Aufrechnung trotzdem ausgeschlossen sein. Durch Ablehnung des Angebots der Leistung seitens eines dritten wird der Gläubiger in Annahmeverzug gesetzt; gemäß § 372 BGB. kann aber „nur der Schuldner hinterlegen", nicht der dritte. Es läßt sich schlechterdings nicht mit dem Wortlaut des § 372 vereinbaren, daß dem dritten aus § 267 ein Hinterlegungsrecht zusteht.[1]) Aufrechnung ist gemäß § 387 BGB. gleichfalls ausgeschlossen, da das Erfordernis der Gegenseitigkeit der Forderungen fehlt. Diese Erwägungen greifen aber auch im Fall des § 268 ein. Da das „Befriedigen" die Erfüllungssurrogate umfaßt, könnte man annehmen, Abs. 2 § 268 sei nur der Klarheit wegen hinzugefügt.[2]) Diese Ansicht ist irrig, da im Fall des § 268 der Gläubiger trotz des eigenen Rechtes der Ablösungsberechtigten nur dem Schuldner gegenüber in Annahmeverzug gekommen ist. Diesem würde, wie auch bei § 267, allein das Recht auf Hinterlegung zustehen, nicht auch den Leistungsberechtigten, wenn dies in § 268, Abs. 2 nicht ausdrücklich bestimmt wäre. Daher ist auch der Abs. 2 unbedingt nötig. Wir gelangen somit zu dem Endergebnis, daß im § 267 ein tatsächliches Erbringen der Leistung unbedingt erforderlich ist (Interessant RG., Bd. 65, S. 162, 163), während § 268 den Ablösungsberechtigten außerdem Hinterlegung und Aufrechnung gestattet.[3])

[1]) Ebenso: Hellwig: Verträge auf Leistung an dritte S. 442, Oertmann, Komm. zu § 267, 6, S. 60; Planck, Komm. zu § 267, 4, S. 56; Stammler, S. 233; Staudinger, Komm. zu § 372, 4, S. 115; Stolzenberg, S. 103. — Dagegen: Rosenberg, Iherings Jahrbücher, Bd. 43, S. 226, 227.

[2]) Vgl. Rosenberg in Iherings Jahrb., S. 216.

[3]) Vgl. besonders Scholl meyer, Komm. zu § 268, 1, S. 75.

War bisher nur von voller Befriedigung des alten Gläubigers die Rede, so kann es im Falle des § 268 vorkommen, daß der Gläubiger zur Annahme von Teilleistungen verpflichtet ist, nämlich dann, wenn er nur wegen dieses Teils seiner Forderung Zwangsvollstreckung in einen Gegenstand des Schuldners betreibt. Im Fall des § 267 sind Teilleistungen eines dritten undenkbar. Wie der Schuldner nicht einmal zu solchen berechtigt ist (§ 266 BGB.), um wieviel weniger muß dies dann der dritte sein? Beim Ablösungsrecht dagegen hat der Berechtigte die Leistung nur so zu erbringen, wie der Schuldner. Betreibt der Gläubiger Zwangsvollstreckung nur wegen eines Teils seiner Forderung, dann brauchen Schuldner, wie auch leistungsberechtigte dritte nur diesen Betrag zu erbringen. In diesen Fällen muß der Gläubiger die Teilleistung annehmen; selbstverständlich ist, daß in § 267 wie § 268 der Gläubiger Teilleistungen anzunehmen berechtigt ist. Bei § 268 bereitet dies aber Schwierigkeiten, wenn wegen der ganzen Forderung die Zwangsvollstreckung betrieben wird, denn der Gläubiger ist nicht verpflichtet, wenn er Teilzahlung annimmt, die Zwangsvollstreckung zurückzunehmen, im Gegenteil wird er sie wegen seines Rechtes weiter betreiben, wodurch der zu einem Teil abgelöst habende dritte immer noch Gefahr läuft, sein Recht an dem Gegenstande zu verlieren. Der Ablösungsberechtigte wird daher im Fall der Zwangsvollstreckung in Immobilien keinen Vorteil von einer Teilleistung haben, da eben der Gläubiger die Zwangsvollstreckung in den meisten Fällen so lange betreiben wird, als er voll befriedigt ist. Praktisch könnte dies nur bei der Zwangsvollstreckung in mehrere bewegliche Sachen des Schuldners sein, denn hier könnte der Leistungsberechtigte nur an einem Gegenstande Interesse haben, dessen Wert er dem Gläubiger anbietet. Nimmt dieser an, so wird der fragliche Gegenstand von der Verstrickung frei.

§ 19. Wirkungen der Anwendung der §§ 267 und 268.

Einen Paragraphen des Gesetzbuches anwenden heißt: das diesem entspringende Recht subjektiv geltend machen. Sind also die Voraussetzungen der §§ 267 und 268 gegeben, so sind sie angewandt im Moment der Anbietung der Leistung, bez. im Fall des § 268 außerdem noch mit der geltend gemachten Aufrechnung. Die eintretenden Wirkungen sind nun verschiedene, je nachdem der Gläubiger sich zur Leistung verhält.

1. Nimmt der Gläubiger die Leistung nicht an, so kommt er dem Schuldner gegenüber in Annahmeverzug, dem dann das Recht der Hinterlegung gemäß § 372 oder § 378 BGB. zusteht. Im Fall des § 268 kann laut gesetzlicher Bestimmung auch der Ablösungsberechtigte hinterlegen.

2. Geht aber der Gläubiger auf das Anerbieten des dritten bez. des Ablösungsberechtigten ein, so ergeben sich zwischen beiden Rechtsinstituten besonders wichtige Unterschiede.

Die Forderung des Gläubigers gegen den Schuldner erlischt in beiden Fällen. Dies Vernichten des Schuldverhältnisses seitens eines dritten kann aber Regreßansprüche gegen den dritten zur Folge haben. Nach § 267 ist die der Zahlung zugrunde liegende causa des dritten für etwaige Regreßansprüche maßgebend, eine causa zur Tilgung einer fremden Schuld wird wohl jeder haben. Daher wird der dritte meist Regreß verlangen können als Beauftragter oder als negotiorum gestor. Hat der Schuldner widersprochen, dann steht dem dritten nur eine Bereicherungsklage zu.[1]) Nach § 268 erwirbt aber der Leistungsberechtigte vollen Regreß gegen den Schuldner, denn hier erfolgt Übergang der Forderung kraft Gesetzes, d. h. es sind gesetzliche Ersatzansprüche einschließlich der Nebenrechte der §§ 401 ff. und 412 BGB. gegeben.

Interessant ist auch der Vergleich beider Paragraphen bezüglich der Mängelhaftung. Der Gläubiger haftet weder in § 267, noch in § 268 für Verität und Bonität der Forderung.[2]) Hat nun der dritte bei Nichtbestehen der Forderung geleistet, so hat er dem Gläubiger gegenüber auch eine condictio indebiti [3]) Zahlt der Ablösungsberechtigte eine Nicht-Schuld, so erfolgt gleichfalls Übergang der Forderung kraft Gesetzes. Eine Haftung des Gläubigers für Existenz der Forderung greift auch hier nicht Platz, weshalb dem Ablösungsberechtigten kein Recht dem Gläubiger gegenüber zustehen würde. § 267 gibt aber in diesem Falle eine Bereicherungsklage. Sollte diese dann nicht auch in § 268 gelten, da dieser gerade zum Schutz dritter, denen der Verlust von Rechten droht, geschaffen wurde? Die Frage ist

---

[1]) S. 19 und besonders 56.

[2]) Vgl. § 12, besonders S. 46.

[3]) Vgl. Oertmann: Zahlung fremder Schulden im Archiv für zivilistische Praxis. S. 445. Desgl. auch BGB. §§ 812, 813. Im gemeinen Recht war es strittig, wem die condictio indebiti zustand.

sicher zu bejahen, zumal die condictio indebiti ihren Grund in der Befriedigung des Gläubigers hat und nicht auf dem gesetzlichen Übergange der Forderung beruht.[1])

§ 20. Das Zweckmoment beider Paragraphen.

Die bisherigen Erörterungen zeigten die eigentümlichen Verschiedenheiten der §§ 267 und 268, deren Grund im Wesen und Zweck beider Rechtsinstitute zu suchen ist.

Das Zweckmoment des § 267 liegt in der Möglichkeit der Leistung eines dritten zugunsten eines Schuldners. Da dem Gläubiger gleich sein kann, von wem er die Leistung empfängt — abgesehen von den rein persönlichen Leistungen des Schuldners — kann ein dritter für den Schuldner einspringen. Natürlich muß dieser Schuldintervenient die Leistung genau so erbringen, als der Schuldner sie zu bewirken verpflichtet ist. Dieses Eingriffsrecht besteht zugunsten des Schuldners, der sich möglicherweise Rechtswohltaten aufdrängen lassen muß.[2]) Zur Abwehr schuf der Gesetzgeber das Widerspruchsrecht, das aber die Leistung durch dritte nicht vollständig unmöglich macht, weil der Gläubiger immer noch anzunehmen berechtigt ist. Wider den Willen des Schuldners kann geleistet werden. Daraus glaubt Stolzenberg[3]) folgern zu müssen, daß durch das Eingreifen dritter die Interessen des Schuldners ganz gewaltig geschädigt werden können. Stolzenberg führt folgendes Beispiel an: Ein Schuldner hatte dem Gläubiger gegenüber, der ein fauler Zahler war, eine kompensable Gegenforderung. Bevor der Schuldner aufrechnet, erfüllt für ihn ein dritter, den der Schuldner in bar entschädigen muß, so daß er seine Forderung gegen den Gläubiger bei dessen eintretender Zahlungsunfähigkeit verlieren würde. Hier übersieht Stolzenberg zunächst, daß der Schuldner sich durch Widerspruch gegen die Ersatzansprüche des dritten sichern kann. Wenn Stolzenberg einwendet, der Schuldner habe von der Leistung nichts erfahren, was umso eher der Fall sein wird, da der zahlungsunfähige Gläubiger, der die Aufrechnungslage kennt, den dritten eher zur Leistung drängt als ihn abhält, so wird der dritte trotzdem keinen Regreß nehmen

---

[1]) Vgl. Schollmeyer, S. 78 und Stolzenberg, S. 94.
[2]) S. 19.
[3]) S. 105.

können, da die negotiorum gestio keine Anwendung finden kann, weil die Handlung des Schuldintervenienten nicht dem subjektiv mutmaßlichen Willen des Schuldners entspricht. Und diese Entscheidung ist auch recht und billig; dritte Personen haben sich eben nicht um Rechtsverhältnisse anderer zu kümmern, es sei denn, sie wären beauftragt oder hätten sonst irgend ein Interesse, welches sie zur Geschäftsführung ohne Auftrag zu übernehmen veranlaßte. Sie werden dann auch wohl in den meisten Fällen im Sinne des Schuldners handeln. Aus dem Erörterten ergibt sich:

§ 267 ist nur geschaffen, um die Stellung des Schuldners zu erleichtern, zu verbessern.

Im Falle des § 268 handelt der Leistungsberechtigte gezwungen, da er ein eigenes Recht zu verlieren hat, im Gegensatz zum § 267, wo der Anbietungsberechtigte kein Recht verlieren kann; aus freien Stücken übernimmt er die Leistung für den Schuldner. Aus diesen Gründen wirkt § 267 zugunsten des Schuldners, während

§ 268 dem Schutze des Leistungsberechtigten gilt, dessen eigne Interessen von Gefahr bedroht waren.

Dies sind die Zweckmomente der §§ 267 und 268, die im Gesetzbuch meist als „Erfüllung durch dritte“ geregelt wurden. Die Unklarheit des gemeinen Rechts ist gewichen, exakt und klar ist die Abfassung beider Paragraphen. Die Neuschaffung des letzteren, der die Leistungsberechtigung allgemein, auch persönlichen Gläubigern gegenüber, eingeführt hat, ist mit ganz besonderer Freude zu begrüßen.

Druck von Oskar Leiner in Leipzig. 15737